INSTITUTIONES ROMANO-HISPANÆ

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI.

TOMUS II.

EDITIO QUARTA.

MATRITI:
EX OFFICINA JOSEPHI DEL COLLADO
M DCCCXXIV.

SUPERIORUM PERMISSU.

Se vende en la librería de Martinez, frente de San Felipe el Real, con la Ilustracion del Derecho Real de España del mismo autor.

INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM & Titulorum ordinem, qui in hoc volumine continentur.

LIBER II.

LIBER III.

LIBER IV.

INSTITUTIONUM

ROMANO-HISPANARUM

LIBER II.

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 37. (1).

1 Cognita ratione deferendæ hereditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hereditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum facta §. *ult. super quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imperator *hic* aliquantum a cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; nec absque ratione. Nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quam hereditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommiso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut *hoc loco* maxime de his disputetur, atque ob hanc etiam causam id in *hunc locum* collatum est, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur.

(1) *Tit.* 9. *P.* 6.

INSTITUTIONES ROMANO-HISPANÆ

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI.

TOMUS II.

EDITIO QUARTA.

MATRITI:
EX OFFICINA JOSEPHI DEL COLLADO
M DCCCXXIV.

SUPERIORUM PERMISSU.

Se vende en la librería de Martinez, frente de San Felipe el Real, con la Ilustracion del Derecho Real de España del mismo autor.

INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM & Titulorum ordinem, qui in hoc volumine continentur.

INSTITUTIONES ROMANO-HISPANÆ

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI.

TOMUS II.

EDITIO QUARTA.

MATRITI:
EX OFFICINA JOSEPHI DEL COLLADO
M DCCCXXIV.

SUPERIORUM PERMISSU.

Se vende en la librería de Martinez, frente de San Felipe el Real, con la Ilustracion del Derecho Real de España del mismo autor.

INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM & Titulorum ordinem, qui in hoc volumine continentur.

LIBER II.

LIBER III.

INSTITUTIONES ROMANO-HISPANÆ

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI.

TOMUS II.

EDITIO QUARTA.

MATRITI:
EX OFFICINA JOSEPHI DEL COLLADO
M DCCCXXIV.

SUPERIORUM PERMISSU.

Se vende en la librería de Martinez, frente de San Felipe el Real, con la Ilustracion del Derecho Real de España del mismo autor.

INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM & Titulorum ordinem, qui in hoc volumine continentur.

LIBER II.

LIBER III.

LIBER IV.

INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM

LIBER II.

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 37. (1).

1 Cognita ratione deferendæ hereditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hereditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum facta §. *ult. super quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imperator *hic* aliquantum a cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; nec absque ratione. Nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quam hereditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommiso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut *hoc loco* maxime de his disputetur, atque ob hanc etiam causam id in *hunc locum* collatum est, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur.

(1) *Tit.* 9. *P.* 6.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de heredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus; non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

Hic textus non eget explicatione.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda* (1).

COMMENTARIUS.

1 Legatum, inquit Ulpianus in *fragm. hoc tit.* est: *Quod legis modo*, id est, *imperative testamento relinquitur*: quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiuscule petitum videtur, alii potius legare dictum putant a *legondo*, quatenus hoc verbum deligere, & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definivisse, *delibationem hereditatis*, *l.* 116. *in pr. delegat.* 1. Nam delibare decerpere est. Cicer. *in oratio pro Sext. cap.* 56. *Omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur, Virgil. *Eclog.* 3. *vers.* 92.

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* legatos a *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publice lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi, *legare*, in qua usurpatur in illo legis XII. Tab. *Uti quisque legassit* &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam heredum institutiones, & quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l.* 120. de *verb. sign.*

2 *Donatio quædam*) Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l.* 36. *de legat.* 2. Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Qippe legatum proprie donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, ne mortis quidem causa, ut *supra* demostravimus sub §. 1. & 2. *de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hereditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis quæ mortis causa fiunt, *l.* 5. §. 17. *de iis quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de iis ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus pe-

(1) *L.* 1. *d. tit.* 9. *P.* 6.

culiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum a liberalitate testatoris, estque titulus mere lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hereditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l.* 119. *de verb. sign.*

3 *A defuncto relicta*) Directo scilicet & proxime a defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum, quod quidem etiam relinquitur a defuncto, sed ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, *testamento relicta* consulto verbo generaliore usus, *a defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum&fideicommissorum, quæ est. *l.* 2. C. *comm. de leg.* & *fid.* Post hanc enim exæquationem non minus legata, quam fideicommissa, non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, 3. 10. *infr. de fid. hered.*

4 *Ab herede præstanda*) Theoph. Hotom. aliique hæc verba abjudicant: quod non probamus: quia præterquam quod extant in *vulgatis codicibus*, definitionem illustrant: quatenus significant, quod licet dominium rei legatæ directo transeat a testatore in legatarium, *l.* 80. *de leg.* 2. *l. a Titio* 64. *de furt.* (1), possessio nihilominus ab herede præstanda huic est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius propria & privata auctoritate occupare legatum, alioqui heredi potestas est id revocandi interdicto *quod legatorum*, *l.* 1. §. 2. *quod legat.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum lagandi denotat, ut *hic*, & in definitionibus Modestini, & Florentini; & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro legato*; frequentissime autem designat rem ipsam legatam. Huic definitioni ita explicatæ immerito præfert Heinecc. illam Florentini, quam meminimus *supra n.* 1. quæ non facile accommodari potest legato rei alienæ.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2 *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus Divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, &*

(1) *L.* 34. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* E aun.

quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

COMMENTARIUS.

1 *Per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*) his nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt a verborum formulis cujusque generis propriis; aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita: *Heres meus damnas esto dare, dato facito, heredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium sumere eam rem, sibique habere.* Per præceptionem uni ex heredibus legabatur hac formula: *L. Titius mihi ex parte heres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur; in legato damnationis ad heredem: in sinendi modo formula mixta videtur.

2 Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria: sinendi modo etiam heredis: per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat heredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem; quanquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat: quod per damnationem, id actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus, quod sinendi modo relictum erat, etiam actionem in rem competiisse, ait Cajus *lib.* 2. *hoc tit.* §. *pen.* quando scilicet res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Ejus denique nomine, quod per præceptionem coheredi datum erat, familiæ erciscundæ agebatur in coheredes. Hæc fere & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulpian. *tit.* 24. *Caj. lib.* 2. *tit.* 5. Paul. 3. *sent.* 6. Si cui vacat adeat Merill. qui septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit *obs. lib.* 6. *cap.* 32 *p.* 175.

3 *Constitutionibus Divorum Principum verborum solemnitas, sublata*) (1) Significatur *l.* 21. *C. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii, & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possunt Impp. constitutiones.

(1) *L.* 28. *d. tit.* 9. *P.* 6.

Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus heredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l.* 15. *C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

4 *Nostra autem constitutio*) Est *l.* 1. *C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, manebat adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante: aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc generum differentiam primus Justinianus sustulit, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *C. comm. de legat.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in *libris nostris* tibi occurrant, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad *constitutiones Justiniani* accommodare studuit, verba quidem hæc: *Per vindicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit: sed festinantius agens in *Pandectarum* compositione, vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus mutavit, non delevit.

5 *Non verbis, sed voluntatibus*) Patet ex his verbis, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem differentiæ ex voluntate testatorum descendentes, servandæ: de quo amplius in §. 22. *infr. hoc tit.*

6 *Non solum per actiones personales*) In *d. l.* 1. *C. comm. de legat.* utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento. Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet heredem, a quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cum heres adit aut agnoscit hereditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet, ut præstet, quod testator injunxit; atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. 5. *inf. de oblig. quæ quasi ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, heredem posse, etsi non possideat, per *l.* 25. *de oblig. & act.*

7 *Sed etiam per in rem*) Etiam olim lagati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non de omni legato: ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta a testatore in legatarium transibat, *l.* 80. *de legat.* 2. Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad heredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit; & quod etiam res aliena per hanc for-

mulam recte legabatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l.* 23. *in pr. de rei vind.* Ex *constitutione* vero *Justiniani* etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quam vindicationis, dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Ponendi tamen sunt termini habiles, ut scilicet res legata sit certa species seu corpus, & propria testatoris, per *l.* 54. *de div. reg. jur.*

8 *Et per hypothecariam*) Priores duæ actiones etiam veteribus, secundum ea, quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua *hoc loco*, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l.* 4. §. 1. *de separ.* id, ut locus ipse indicat junct. *l.* 1. §. 3. *eod. tit.* accipiendum est de especie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hereditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest, legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascunque res a defuncto relictas, adversus quosvis earum possessores (1). Ajo, a defuncto relictas; siquidem non res heredis propriæ, sed hereditariæ, ex hac causa pignori sunt legatariis ex *dict constitutione* Justiniani obligatæ. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, *l.* 45. *de div. reg. jur.* (2).

9 Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam; quam Justinianus pro legatis, aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures heredes ipso jure divisam esse, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de leg.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l.* 65. *de evict.* introductum. Ac proinde individua quoque erit, quæ competit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l.* 26. *de pign. act.* cum in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguio-*

(1) *L.* 26. *tit.* 13. *P.* 5. *vers.* Otrosi.

(2) *Arg. l.* 1. 2. 7. & *passim d. tit.* 13. *P.* 5.

rem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

COMMENTARIUS.

1 *Superiore* §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse: *hic* docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l.* 2. C. *comm. de legat.* quod etiam *hoc loco* exprese profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulp. in fragm. & Caj. *lib.* 2. commemorant, certe maxima earum pars, usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud quod apud Ulpian. *l.* 1. *de leg.* 1. legimus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis,* Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem *Pandectarum* evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem Compilatores *Pandectar.* habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam, & detrahere scriptis veterum possent, *l.* 1. *Cod. de vet. jur. enucl.* Idque in pluribus locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vide Govean. 1. *var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Donell. 8. *comm.* 2. Aliter hoc expediunt Cujac. 8. *ob[illegible]rv.* 4. Rævard. 3. *var.* 4. quoru[illegible]plicationes etsi non probo, co[illegible]tare tamen nolo, quia res non m[illegible]tur ullam operam. Illud autem [illegible]endi sumus, hanc legatorum [illegible] fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hereditates fideicommissarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommisso restituitur hereditas, heredis loco habetur: de quo uberius *infr. tit. de fideicomm. hered.*

2 *Ut nulla sit inter ea differentia*) Legata utpote ex legibus & jure civiliortum ducentia, strictiorem habebant naturam, quam fideicommissa quæ ex voluntate testatorum magis descendunt. Hinc plurimæ olim erant inter ea differentiæ, quarum meminerunt Ulp. *tit.* 24. & 25. & Cajus *lib.* 2. *Inst. tit.* 7. Has Justinian. sustulit, *d. l.* 2. C. *comm. de legat.* Itaque hodie legata æque ac fideicommissa relinqui jam possunt nutu, ab intestato, a legatario, ante heredis institutionem, ac post mortem heredis: &

pro fideicommissis competunt omnes actiones, quas legatariis concessas esse vidimus §. *præced.* Si qua tamen differentia a voluntate relinquentis proficiscitur, servavitur: de quo *infr.* §. 2. *de sing. reb.*

3 *Separatim prius de legatis, & postea de fideicomm.*) Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita disserit, tanquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatas voluisse: veluti in §. 10. *inf. de fideicomm. her.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere; & in *pr. tit. de sing. reb. per fideicomm. reliet.* sic locuitur, quasi a legatario etiamnum legare non liceret.

4 „In Hispania exæquata „quoque sunt legata & fideicom„missa, & utraque dicuntur *Man„das*, de quibus *tit.* 9. *P.* 6. agitur.

TEXTUS.

De re testatoris, heredis, aliena, cujus non est commercium.

4 *Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam, & præstare; vel si eam non potest redimere æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur: veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitam enim, si scivisset alienam rem esse, non legasset: & ita D. Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Inchoatur *hic* tractatio de rebus, quæ legari possunt aut non possunt: qui locus maximam *hujus tit.* partem occupat, nec est sine multiplici distinctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non solum res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solum res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt in rerum natura, verum etiam, quæ futuræ sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse: de quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest, utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum,

(1) *L.* 10. *de tit.* 9. *P.* 6.

ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est: an vero res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam commercio exempta, cum alioqui per se & conditione sua sit in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur: vel exempta commercio quorumdam, non omnium, ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent Hæreticus, Judæus, Paganus, *tit. C. ne Christ. mancip.* (1): item militia, hoc est, *Officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter stututos relati sunt, ex quo salaria a Principe consecuuntur*; cujusmodi officiorum constat quoque non omes jure capaces esse: vide Cujac. in *l. denique* 3. §. *si quid minori* 7. *de minor.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum Præside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post.

2 Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est: & hæc iterum vel heredis, vel legatarii, vel testii alicujus, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re heredis scriptum *hic* est, eam non minus, quam rem testatoris legari posse (2): neque ullam hoc dubitationem habet; adeo ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata distincte dicetur inf. sub §. 10. De re aliena *hic* itidem traditum est, eam utiliter legari, quando nempe testator eam esse alienam non ignoravit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius sub §. 14.

3 *Sed etiam aliena*) Etiam res alienas legari posse, semper constitit (3), & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconf. *l.* 39. §. 7. *de legat.* 1. Nec obstat lex XII. Tab. quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l.* 120. *de verbor. sign.* nam & qui legat rem alienam de suo legare intelligitur; onerat enim heredem, ut rem redimat, & redemptam præstet.

4 *Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare*) Effectus legati rei alienæ hic est, ut heres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l.* 14. §. *ult. de legat.* 3 (4), & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento.

5 *Si talis sit res, cujus commercium non est, nec æstimatio debetur*) Ejus rei, quæ simpliciter

(1) *L.* 8. *tit.* 21. *P.* 4.
(2) *D. l.* 10. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* E por ende.

(3) *D. l.* 10. *vers.* Otrosi.
(4) *D. l.* 10. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* Otrosi *cum seq.*

atque absolute extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur, *l.* 39. §. *pen. de legat.* 1. (1). Idem est si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis; & furiosi est talia legata adscribere, *d. l.* 39. §. *antepen. & ult.* (2). Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ sunt extra commercium certo respectu qui est in ipsis rebus, ut res quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l.* 41. *cum duab. ll. seqq. d. tit.* (3). Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l.* 41. §. 5. *altera in l.* 11. §. 14. *de legat.* 3. nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam res istæ legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l.* 2. C. *de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt, & cunctis probata.

6 Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is, aut heres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat, *l.* 34. *de verb. oblig.* Idemque est, si heres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona heredis, utpote a quo res mox abitura est, considerari debet, *l.* 49. §. 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt. Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *d. l.* 49. §. 2. cui simile est, quod is qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *d. l.* 34. *de verb. oblig.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *l.* 9. §. *ult. de donat.* Cæterum non est hoc æque expeditum, ac præcedentia.

7 Nam primo refragari putatur *l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. Sed *hic locus* ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus *Si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit: quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.* Proponitur legatum liciti relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet prædium provinciale licite legari Præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo, & probabili ex causa rem habere non potest, non ei, qui jure capere prohibetur.

(1) *L.* 13. *de tit.* 9. *P.* 6.
(2) *D. l.* 13.
(3) *D. l.* 13.

Finge, surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fidei commissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapaci, arg. *d. l.* 11. §. 16. *de legat.* 3.

8 Deinde objicitur *l.* 40. *de legat* 1. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim *illic* expresse est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fidei commissarius jus possidendi non habet. Donellus in *l. multum* 34. *de verb. oblig.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque æstimationem deberi, quando res ei relinquitur, cui jus possidendi non est, commercium tamen rei habet, juxta definitionem *l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. quam modo laudavimus: de quo casu intelligendam esse *d. l.* 40. late docet, & probat. Idemque est judicium Gregor. Majans *tom.* 1. *disp. jur. disp.* 20. *num.* 11. qui ulterius interpretationem illustrat ex regula, quam in *l.* 11. §. 17. *de legat.* 3. proponit Ulpian. his verbis: *Ex his apparet, cum per fidei commissum aliquid relinquitur, ipsum præstandum quod relictum est, cum vero ipsum præstari non potest, æstimationem esse præstandam*: cui regulæ convenientissimam merito appellat sententiam *d. l.* 40. observans, hanc esse ex *eod.* Ulpian *lib.* 2. *fideicomm.* unde deprompta *et laudata lex* 11. Cujac in *d. l. multum* 34. contendit, redundare in *d. l.* 40. secundam negationem, eamque de-mendam, ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia non satis placet: nam præterquam quod nullius codicis auctoritate nititur, non videtur consona dictæ regulæ ab Ulpiano traditæ in *l.* 11. §. 17. *de legat.* 3. qua generaliter statuitur, non æstimationem, sed ipsam rem præstandam esse, quando præstari hæc potest: nisi dicamus, hanc priorem regulæ partem procedere tantum, cum is, cui præstatio rei injungitur, commercium ejus habuerit, vel res in patrimonio defuncti reperiatur, ex *l. mortuo bove* 49. §. 3. *de legat.* 2. quasi existimandum sit, his duntaxat duobus casibus posse rem ab eo præstari.

9 *Si sciebat alienam rem esse*) Non semper res aliena legata debetur: sed interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur; si ignoravit, non item, *l.* 10. C. *hoc tit. l.* 67. §. 8. *eod.* 2. (1): quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione: *Forsitam enim*, inquit, *si scivisse rem alienam esse, non legasset.* Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit, heredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l.* 67. §. 8. Atque hinc intelligere licet, distinctionem illam ad rem heredis legatam non

(1) D. *l.* 10. *tit.* 9. P. 6. *vers.* Otrosí *cum seqq.*

pertinere, sed eam omnino deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud heredem est, tam facile eam heres præstare potest, quam rem, qui defuncti fuit, *d. l.* 67. §. 8. Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxore, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l.* 10. *C. eod.* (1): quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasq. *lib.* 3. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 41.

10 *Legatarium probare oportere*) Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter heredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro alium dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, heredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac se juris esset, simul definire voluit. Ait autem, ab herede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse (2), adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *l.* 23. *C. de prob. l.* 4. *Cod. de edend.* (3), quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit; qui hic legatarius est, non heres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradit *l.* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod heres præsumptione juris adjuvatur, quæ etsi actoris partes heres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l.* 8. & 9. *eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum rem alienam esse, Gomez 1. *var.* 12. *n.* 13.

11 Si res legata partim aliena erat, quia puta testator fundum quem cum Titio communem habebat, legavit, ea duntaxat pars quæ testatoris fuit, legatario debebitur: quia cum testatores faciliores sint in legandis rebus suis, quam in onerandis heredibus, ut alienas comparent, *d. l.* 67. §. 8. existimandum est, defunctum ad partem suam legatum revocasse, ut recte docuerunt Bart. Bald. Duar. in *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & Mantic. 9. *de conject. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. Quæ interpretatio cum accommodari neqeat casui quo res in totum aliena legatur, discrimen inter utrumque casum constituit, quod qui contrarium ac nos in legato rei communis sentiunt, animadvertere debuerunt.

(1) *D. l.* 10. *vers.* Fueras ende.

(2) *D. l.* 10. *vers.* E para.

(3) *L.* 1. *tit.* 4. *P.* 3.

TEXTUS.

De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena; ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet heres eam luere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Res pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *l.* 14. *de verb.* sign. unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum heres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditori pecunia, *hoc text. l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 6. C. *de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa, si fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute reste præstari, *l,* 69. §. 3. *de legat.* 1. si servus statuliber legatus est, statuliberum recte dari; *l.* 44. §. *pen eod.* Nam quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est, fundo legato, cujus ususfructus alienus est, heredem hunc usumfructum redimere debere; quoniam scilicet & in ususfructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continet, & ideo instar obtinet portionis, *l.* 66. §. *pen. l.* 76. §. 2. *de legat.* 2. Plane si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum heredem prædium liberare, post Joan. Fab. Tuldenus *hic*, *cap.* 12. annotavit: quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione.

2 *Ita demum, si sciebat defunctus*) (2). Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res a legatario luenda est, *d. l.* 57. (3). Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, heredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legaturus fuisset, si scisset obligatam, *d. l.* 57. *de legat.* 1. *d. l.* 6. *C. de fideic.* de quo constare poterat, si

(1) *L.* 11. *d. tit.* 9. *P.* 6.
(2) *D. l.* 11. *tit.* 9. *P.* 6.
(3) *D. l.* 11. *in fine.*

vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, arg. *l.* 10. *C. de legat* (1). Alter casus est, cum debitum exæquat, aut superat pretium rei pro eo obligatæ (2): quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l.* 57. ubi ita legendum est: *Vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat: Jul. Pac. non ut vulgo legitur: *Vel potest aliquid esse superfluum*, *&c.* Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut recte Fachin. *lib.* 12. *controv.* 34. quotiescunque plus est in re legata, quam in debito, pro quo obligata est, heredem eam luere debere, etiam ubi nescevit testator obligatam esse; quod & verum esse existimat Fachin. *d. loc.* & D. Tulden. *hic cap.* 11. quod non placet; quia ita regula convertenda esset in contrarium, quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Heinec. in *Recit. hoc tit.* §. 595 falso laudans *hunc* §. 5. vult nullius esse momenti legatum rei oppigneratæ, si testator oppinerationem ignorabat; sed manifesto errore contra textum expressum in *d. l.* 57.

3 *Voluerit legatarium luere, & hoc expresserit*) Ratio manifesta est: quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l.* 33. *de legat.* 1.

TEXTUS.

De re aliena post testamentum a legatario acquisita.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest; nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non posse* (3). *Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an æstimationem ex testamento consequutus sit: nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem agere, potest* (4).

COMMENTARIUS.

1 Si res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf.* §. *sed si rem* 10. Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet, inspiciendum esse,

(1) *Arg. d. l.* 10. *eod. vers.* Fueras ende.

(2) *D. l.* 11. *vers.* Otrosi.

(3) *L.* 43. *d. tit.* 9. *P.* 6.

(4) *L.* 44. *eod.*

quali ex causa naetus sit, ex onerosa, an lucrativa: si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse, & pretium consequi: contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ definit, duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse, quam statim explicabimus, *l.* 4. §. 29. *de dol. mal* & *met. exc. l.* 61. *de solut.* (1). Causa onerosa est: *Ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus*: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l.* 19. *de obl.* & *act.* Lucrativa causa est: *Ea propter quam accipienti nihil abest*, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio.

2 *Duas causas lucrativas in eundem hominem* & *eandem rem*) Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *l.* 17. *de obligat.* & *act.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eandem rem & personam concursus, species liberationis, *d. l.* 17. *de obl.* & *act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, de qua regula loquimur *inf.* §. 14. *hoc tit.* Cum enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cæpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. 14 *infr. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quam si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat; emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l.* 14. *de verbor. sign.* Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l.* 17. *de obl.* & *act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l.* 82. *in pr.* & §. 1. *de legat* 1. fac. *l.* 71. *de verb. sig.*

3 *Si ex duobus testamentis eadem res*) Ait, *duobus*, id est, *duorum testamentis.* Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi, vel rei æstimationem, *l.* 34. §. 1. *de legat.* 1. (2). Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, nec tam legasse sæpius, quam sæpius locutus creditur, *l.* 66. §. 5 *de legat.* 2. nisi manifeste constet ampliandi legati causa sæpius legasse: ut in hac specie: Duos quis scripsit heredes, & damnavit unumquenque solidam rem legatario præstare; hic idem esse, responsum est, atque si duobus testamentis legatum es-

(1) *D. l.* 43. *tit.* 9. *P.* 6.

(2) *L.* 45. *d. tit.* 9. *P.* 6.

set, *l.* 53. §. 2. *de legat.* 1.

4 *Utrum rem, an æstimationem*) (1). Igitur quod scriptum est in *d. l.* 34. §. 2. si duorum testamentis mihi eadem res lagata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est cum Gloss. ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem adhuc petere possim; non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero. Non obstat huic distinctioni *l.* 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in specie *d. l.* heres Titius id duntaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit: videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum representationis contineater. Rationem præpositæ distinctionis suppeditat *l.* 88. *de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra, qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam; re enim æstimationem contineri: æstimatione rem non contineri: ut proinde si is qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc, etiam affectio ad rem esse potest supra æstimotionem, *l.* 35. *de minorib.*

5 Si vero non eadem res seu corpus, sed eadem quantitas, eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest, quamvis si in eodem testamento, non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetisse legatum, quam voluisse multiplicare, *d. l.* 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento, & codicillis; tunc enim nisi heres contrarium ostendat legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & *ibi* Gloss. (2) & comm. DD. Duar. ad *d. l.* 34. ubi ocurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate, vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l.* 9. *de adim. legat.* Bald. Zas. in *d. l.* 34. §. 1. Gomez. 1. *resol.* 12. *num.* 38.

TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7 *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, recte legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.* (3).

COMMENTARIUS.

1 Quæ in rerum natura non sunt nec actu nec pot-

(1) *D. l.* 44. *tit.* 9. P. 6.
(2) *D. l.* 45.

(3) *L.* 12. *eod.*

entia, frustra & inutiliter legantur. Quod vero in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura nunquam existat.

2 *Fructus, qui in illo fundo*) Puta hoc modo: *Fructus, qui nascentur in fundo Tusculano, heres dato*, vel sic expressa certa quantitate: *Centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, heredem meum dare jubeo*, *l.* 24. *de legat.* 1. *l.* 5. *de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur; si non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum est; proinde quasi testator per modum taxationis legasset: *Si hoc vel tantum natum fuerit*, *d. l.* 5. *l.* 8. §. 2. *de legat* 2 (1). Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* quoad obligandum sciliter heredem; ex natura nimirum ipsius rei, *l.* 73. *in pr. de verb. obl.* extrinsecus, non ex testamento, venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cum non impediant, quominus dies legati a morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad heredem, *l.* 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quando dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *leg.* 99. *de cond. & demonst.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Itaque hoc legatum purum est quoad transmissionem; & conditionale quoad heredis obligationem, Gloss. & DD. ad *l.* 25. §. 1. *quam dies leg.* ad Gom. 1. *resol.* 12. *num.* 24. Obiter & illud *hic* monendum est non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructum, si fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l.* 12. *de alim. leg.* *l.* 27. §. *ult. de legat.* 3. Tunc autem fundus censetur adjectus taxationis causa, quando modus legandi afficit ipsum fundum ut in exemplis modo traditis; demonstrationis vero adjectus dicetur quando tantum afficit executionem legati, utputa si testator dixerit: *Lego* 100. *amphoras vini, quæ tradentur ex eo quod nascetur in fundo Tusculano.* (Regulam quam pro hoc dignoscendo tradit Heinec. in *Recit. hoc tit.* §. 592. ineptam esse evincit ipsa *l.* 13. *de trictic. vin. vel ol. legato* quam laudat & contrarium quod ipse autumat, docet.) Sane quando legatum est annuum, facilius creditur fundus adjectus demostrationis causa, *d. l.* 12. *d. l.* 13.

(1) *Arg. l.* 18. *d. tit.* 9. *P.* 6.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8 *Si eadem res duobus lega-*

ta sit, sive conjunctim, sive disjunctim: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio, & Sejo hominem do, lego. *Disjunctim ita:* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & si expresserit:* Eundem hominem Stichum, *æque disjunctim legatum intelligitur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Tangitur *hic* disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est: *Quo deficientium heredum ejusdem hereditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt.* Appellatione heredum & bonorum possessores intelligimus, *l.* 3 §. *ult. de bonor. poss.* junct. *l.* 138. *de verb. sign.* & eos quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hereditas, *l.* 43 cum *leg. seq.* §. 1. *ad SC. Trebell.* Gomez 1. *resol.* 1. *n.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares, & donatarios mortis causa, *l. un.* §. 14. C. *de cad. toll.*

2 Valet hoc jus in hereditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est: *Neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, l.* 4. C. *de rep. her.* Alterum: *Neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, l.* 1. & *l.* 2. *de adq. vel om. hered. l.* 20. *C. de jur. del.* Quia nec ipsum testatorem hoc jus in heredibus prohibere posse, demonstravimus supra in §. 5. *de her. inst.* Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur, tanquam ex substitutione tacita, *l.* 61. §. 1. *de legat.* 2. Ergo qui ex aliqua parte heres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l.* 31. *l.* 53. §. 1. *de adq. vel om. her.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, *l. un.* §. 10. C. *de cad. toll.*

3 Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint; sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis; & in distributione, si permissim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non

(1) *L.* 33. *d. tit.* 6. *P.* 6.

plus universi auferant, quam singuli disjuncti, *l.* 34. *in pr. de legat.* 1. *d. l. un.* §. 10.

4 Obtinet quoque idem jus in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola praesumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi, si concurrant; si vero non concurrant, solidum, postposito herede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest; & si singulis res singulæ relictæ sunt, uno deficiente. portio ejus non accrescit collegatariis, sed in heridate manet, augetque jus heredis, cui & ab initio relinqui potuisset; *l.* 84. §. *penult. de legat.* 1. Deinde cum deficientis heredis portionem coheres etiam invitus, & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. unic.* §. 11. C. *de cad. toll.* Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficiens potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, per *l.* 177. *de div. reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non deminutum retinet, quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d. l. unic.* §. 11 *vers. sin vero*, Gomez 1. *resolut.* 10. *num.* 42. Duarenus 1. *de jure accrescend.* 11.

5 Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam in legatis per damnationem nunquam jure accrescendi locus erat, testes Ulpian. in *fragm. tit.* 24. Caj. *lib.* 2. *inst. tit.* 5. atque ex parte Justin. *d. l. un.* §. 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocumque genere legati, & quocunque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum; quæ non satis accurate ad normam novi juris a Compilat. *Pandectar.* descripta sunt: quod est maxime, quod hanc quæstionem tam perplexam facit.

6 Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de conjunctis, eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici* 142. *de ver. sign.* & *l.* 89. *de legat.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctus generaliter dici omnes: *Qui*

ad eandem hereditatem, *aut rem vocantur*, sive uno sermone sive diversis; & in proposito: *Quibus eadem res ab eodem testatore legata est*: & quidem hos solos, non alios. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l.* 142. & *d. l.* 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum, scilicet: *Quorum singuli separatim*, *seu diversis orationibus id eandem hereditatem*, *aut rem vocantur*, ut: *Titius heres esto: Sejus heres esto. Titio fundum Tusculanum do*, *lego*: *Sejo fundum Tusculanum*, aut *eundem fundum do lego*: alii re & verbis simul, nempe: *Quos & hominum & rei complexus jungit*, ut: *Titius & Sejus heredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do*, *lego*: alii denique verbis tantum, videlicet: *Qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur additis his verbis*: *Æquis partibus*; veluti: *Titius & Sejus heredes sunt æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do*, *lego*.

7 Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere, nam ubi jus conjunctionis, ibi jus est accrescendi, & contra, *l.* 16. *quib. mod. us amit.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quam ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores, & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. unic.* §. 10. & *seq.* C. *de cad. toll.* & *hoc textu.* Atque ex hac artiore conjunctione procedunt effectus, quos recensuimus *supr. n.* 3.

8 Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum ab initio omnibus in causam concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur: *d. l. un.* §. 11. *l.* 19. §. *ult. de legat.* 1.

9 *Eadem res*) Inter diversarum igitur rerum legatarios non est jus accrescendi. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio illius fundi partem dimidiam*: *Sejo partem dimidiam do*, *lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera, atque altera, & diversæ singulis: ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad heredem pertinet, *l.* 1. *in fin. pr. de usuf. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt diversæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l.* 5. *de stip. serv.* Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut

iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis; hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert in *l.* 3. *de usufr. accresc.* Totiens jus esse accrescendi: *Quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est.*

10 *Sive conjunctim sive disjunctim*) Conjunctim legari dicitur *hic* quando una oratione una eademque res pluribus legatur: disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur ut monuimus modo *num.* 7.

11 *Scinditur inter eos legatum*) Hoc alibi sic dicitur: *Concursu partes habent, aut concursu partes faciunt, l.* 34. §. 10. *de legat* 1. *l.* 80. *de legat.* 3. Estque hoc certissimum argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, *sive* conjunctim, *sive* disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non expectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat; hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluise, *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatotis. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad heredem.

12 Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte dicuntur, easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum, utroque concurrente, quod utique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur, tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt, quales sunt, quibus partes tantum ab initio assignatæ.

13 Cæterum quod tam conjunctos, quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l.* 34. §. 9. *de legat.* 1. expresse scribit, si conjunctim res legetur, partes ab initio fieri, nec solum partem facere eos, in quorum persona constitit legatum, verum eos quoque, quorum in persona non constitit. *Hunc locum* obstare non putant; qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est, nimirum: *Facere, ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus esset,*

si solus esset: aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat. ex *l. 7. de reb. dub. l.* 84. §. 8. *de leg.* 1. eum *similibus.* Quid ergo respondemus ad dictum locum Ulp. in *l.* 34. §. 9. *de legat.* 1. ubi tam diserte Jurisconsultus ait, in conjunctis partes ab initio fieri? Antonius Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjuctis, restringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris, vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum olim fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hereditate mansissent, vel accrevissent conjuncto. Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est in *d. l.* 84. §. 8.

14 *Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo*) Ait *vivo testatore*: quia si eo mortuo decesserit legatarius, partem quam ipse habuisset, ad heredem suum transmittet, cum is sit effectus cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l.* 5. & passim *quando dies legat.* & *fid. ced.* & post constitutionem Justiniani cedat a morte testatoris, *l. unic.* §. 1. C. *de cad. toll.* (1). Non frustra igitur dixit, *vivo testatore.*

15 *Titio & Sejo hominem Stichum do lego*) Quod in his quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, & re tantum conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Govean. *num.* 26. Hotom. 6. *observ.* 11. Anton. Fab. 6. *conj.* 1. & *dec.* 49. *err.* 4. Swanemb. *de jur. accresc. cap.* 8. Sed sane hoc argumentum perexiguum ad illud probundum pondus habet: nam nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso habendum atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res, ut *num.* 9. monuimus. Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiori definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt.

16 Nos verius existimamus, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat: *Titio*

(1) *L. 34. d. tit. 9. P. 6. vers.* E aun cum. *seq.*

& Sejo fundum Tusculanum do lego ex æquis partibus, is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio; nam etsi hæ partes non exprimantur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, *l.* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur pro supervacuis habentur, *l.* 69 *de her. inst.* ut omnino verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquæ exprimantur a testatore, quia casum quo uterque concurrerit, consideravit; in his non item: judicio autem defuncti pari jure censeri, arg. *l.* 16. *in fin. de legat.* 1.

17 Confirmatur hæc sententia primum aperto textu *d. l.* 16. *§. ult. de legat.* 1. ubi non solum qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctus verbis tantum, argum. *d. l.* 142. non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure, quam is, qui re tantum conjunctus est, *d. l.* 89. *de legat.* 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi, & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Fab. *dec.* 49. *err.* 8. & 9. respondet, verbis conjunctos, licet per se re disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eandem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, considerari, ut ab initio sententia testatoris conjunctos.

18 Nihil pro sententia Fabri facit, quod a Javoleno responsum est in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, et eundem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Titio solum, sed etiam Mævio accrescere, *l.* 41. *in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantum, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresse testatur, Ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse: apparetque legatum hoc sic a Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eandem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est, ei utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus: quorum uni fundus, alteri ususfructus ejusdem fundi legatus est, *l.* 19. *de usu, & usufr. & red. &c.* quod plenius & eleganter explicat Donell. in *epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli

posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos appellamus?

19 Cæterum non admodum levia sunt argumenta, quibus contrariæ sententiæ Auctores jus accrescendi denegat verbis tantum conjunctis. Nam imprimis eos non esse re conjunctos, ipsa appellatio statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti, *l.* 142. *de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l.* 89. *de legat.* 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes indivisæ sint; sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut singulis eadem res relicta. Denique non est realis conjunctio nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris; ut proinde & partes ab initio facere, *l.* 34. §. 9. *de legat.* 1. & semper partes habere dicantur, *d. l.* 89. *de legat.* 3.

20 Sed respondemus, eos dici verbis tantum conjunctos, conjunctos verbis, non re; non quia vere verbis tantum conjuncti sunt, re plane disjuncti: sed quia tales videntur in comparatione re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hæc genera separat; & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis qui dicuntur, res diversas testator facere videtur: quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus, & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eandem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l.* 80. *de legat.* 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse: *Tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.* Quæ definitio, cum generalis sit, dubitandum non est, eam ad verbis quoque conjunctos pertinere.

21 Sed, inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l.* 89. Ergo omni casu habent, & ab initio, & ex post facto. Responsio eadem est, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus *eo loco*, docendi gratia, distinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt.

22 Obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronunciat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Lo-

quitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate; utpote quæ difficilius accrescit, quam ususfructus, *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donell. id, quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum heredum a quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba: *Cum alius ab alio herede usumfructum vindicet.* Bene autem Papinianus negat, in hujusmodi specie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hereditariæ prius divisæ sint.

23 Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere: quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa, sive ex tacita, *l.* 4. *de usufr. accresc.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duaren. *lib.* 1. *de jur. accr. cap.* 10. Donell. 7. *commentar.* 13. & 8. *comment.* 21. Plura qui desiderabit, adire poterit DD. in *d. l. re conjuncti* 89. Gomez 1. *resol.* 10. Anton. Fab. *dec.* 49. & 50. & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt Duaren. Govean. Anton. Fumæum, Jo. Suey. Corn. Swanemb.

24 In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l.* 57. §. *ult. de usuf. l.* 16. §. 2. *de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l.* 16. *de adquir. rer. domin.* quod comparatur, cum jure accrescendi, *l.* 33. *in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit, ut recte Cujac.

25 „In Hispania, cum per„missum sit cuicunque decedere „partim testato & partim inte„stato, ut sæpe monuimus, jus „accrescendi in hereditatibus non „est ex necessitate, sed ex vo„luntate testantis, ut in legatis.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9 *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat; recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio Judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic locus*, ut ex argumento intelligitur, subjungendus

potius fuerat §. *si res aliena 6.* Quod enim de toto *ibi* traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l.* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam, si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit ex causa lucrativa perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. 66. §. pen. de legat.* 2.

2 Cæterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit *hic* Justinianus post Julianum in *d. l.* 82. §. 2. *de legat.* 1. rationemque addit: *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet*, id est, in casu præsenti *fundi* verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tanquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum & alias cum ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l.* 25. *de verb. sign.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. 66. de judic.* Quare in casu *huj.* §. nudæ proprietatis pretium heres legatario præstabit, *hoc text. in fin.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10 *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius: amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

COMMENTARIUS.

1 *Sed si*) Particula hæc videtur arguere, *hunc* §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præc.* & §. 6. *eod.* Nam ut *illic* tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est, ita *hic* de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata, aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *infra* §. 1. *de sing. reb. per fideic. relict. Hic* illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile es-

se, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l.* 3. §. 22. *de adq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l.* 82. *de verb. obl. l. cætera* 41. §. 2. *de leg.* 1. Quamobrem nec res, nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus* §.

2 *Et licet alienaverit eam*) Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum, & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ: quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l.* 1. *in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d. l.* 41, §. 2. Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse a cæteris; existimant Cujac. Hotom. aliique per *d. l.* 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur: quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed respondendum, verba illa: *Si eum vivo testatore alienaveris*, esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. Non obstat quod ita diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti, aut stipulationum recitant. Nam hoc negligi potuit a librario: nec perpetuo observatur, *l.* 76. *in pr.* & §. 1. *de verb. oblig. l.* 1. §. 10. *de extraord. cognit.* Neque etiam, quod regula Catoniana ad conditionalia non pertinet, *l.* 4. *de reg. Caton.* ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati a Celso proponi tanquam exceptio regulæ, in quo definitio Catonis falsa sit. Quia etiam præcedens species in §. 1. *d. l.* 1. *eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam in diversis Jurisconsultorum sententiis, aut Ulpianum, aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen, inquies, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æque inepte & prius exemplum a Celso excipi. Verum ego puto, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit; fieri utroque casu potest; ut contra quam regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent.

3 Cæterum meminerimus, quod

dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit, hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui Reipublicæ causa aberit, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, & postea evincatur, recte ex testamento petam; eam mihi dari oportere, *l.* 82. §. 1. *de legat.* 1. Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator, aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori, aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l.* 86. *in pr.* & §. *ult. de legat.* 1. *l.* 1. §. 1. *de liber. leg.* Nec dubito quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, arg. *l.* 76. §. 2. *de legat.* 2. licet dissentiat Accurs. propter textum in *l.* 66. §. *pen. in fin. de legat.* 2. Quo in loco vitiose legitur, *propter istas causas*, cum legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *tract.* 5. *ad Afric.* in *l. etsi* 35. *de vulg. & pup. subst.* observavit: & nonnullis in exemplaribus legi testis est Donellus 8. *commen.* 11. Postremo si nec ex res testatori debita sit: nam debitori quod debet, recte legatur, licet dominus ejus rei sit, *l.* 1. *in pr. de liber. leg.* Vide *infr.* §. 13.

TEXTUS.

Si quis rem suam, quasi non suam legaverit.

11 *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Supra* §. 4. audivimus, si testator rem alienam, suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita est & declarata. Quod si quis rem heredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinian. docet utile esse legatum, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. *Hic* ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit, quasi alienam: item, quid si legavit suam, cum crederet eam esse legatarii; placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit, quasi heredis, arg. *d. l.* 67. §. 8.

2 *Nam plus valet, quod in veritate &c.*) Puto, rationem hanc male accommodari ad hunc priorem *hujus* §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam, quasi legatarii legavit. Nam non recte hic

dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum est, testatorem rem suam legasse, quoniam etsi opinionem attendas; aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato: nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, heredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, *d. l.* 67. §. 8.

3 *Sed & si legatarii esse putavit, valere constat*) Ad hunc casum recte accommodabimus regulam: *Plus valere, quod in re & veritate est, quam quod in opinione.* Nam si hoc opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *præc.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos duntaxat casus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat, ut evenit in hoc casu in quo testator legare vult, quia legat; & ejus voluntas exitum habere potest, ut dicitur *hoc* §. quin heres rei redemptione oneretur. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. 4. *de jur. & fact. ign.*

4 In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt pro herede gestio, & repudiatio hereditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, *l.* 15. & *l. seq.* junct. *l.* 19. *de adq. vel. om. her.* Huc pertinet species, quam Paulus Jurisconsultus proponit in *l.* 88. *de adq. her.* & nos exposuimus supra in §. *ult. de her. qual. & differ.* agentes de gestione pro herede.

TEXTUS.

De alienatione, & oppigneratione rei legatæ.

12 *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Divi Severus, & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri; & ideo legatarium cum herede ejus agere posse, ut prædia a creditore luantur* (1). *Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*

(1) *L.* 17. *l.* 40. *d. tit.* 9. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 Pertinet *hic locus* ad *tit. seq. de adempt. legat.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere a priore voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, necne, ut si non sit, legatum adhuc peti possit: quod *hic* docet Justinianus.

2 *Si non adimendi animo*) Valebit itaque legatum, si testator rem legatam alienavit animo non adimendi illud. ¿ Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi, id eum fecisse creditur, *l.* 18. *l.* 24. §. 1. *de adim. & transfer. leg.* (1), ac de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *pr. de legat.* 1. cum *similibus.* Quod si causa alienandi necessaria fuit, hoc est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur, id animo adimendi legati ab eo factum non esse: & ideo legatum peti potest, nisi probetur etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse (2). Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab heredibus quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. 12. *de legat.* 3. (3): quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienasse, qui etiamsi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Non obstat responsum Scævolæ in *l.* 27. §. 3. *de inst. vel instrum. legat.* ubi proposito casu, quo patronus liberto, quem ex parte heredem scripserat, per preceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur; respondet Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem heredes approbent. Quia ex eo, quod testator acceperat tertiam pretii partem ante vini traditionem, præsumitur, necessitate cogente, facta venditio.

3 *Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri*) Pignoris datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit, tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necesitatem: neque enim pignus dari solet nisi ab eo, qui necessi-

(1) *Dd. ll.* 17. & 40. *tit.* 9. *Part.* 6.

(2) *Dd. ll.* 17. & 40.

(3) *D. l.* 17. *vers.* Fueras ende.

tate adductos est: ut proinde recte, & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus, & Antoninus rescripserit, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur: *Non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare* (1). Extat rescriptum in *l.* 3. *C. de legat.* Enimvero audiendum nihilominus heredem existimarem, si paratus sit ostendere, animo adimendi rem a testatore pignori datam.

4 *Si vero quis partem rei alienaverit*) Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l.* 76. *de rei vindic.*

TEXTUS.

De liberatione legata.

13 *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, neque ab alio, qui heredis loco sit. Sed & potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere ne heres petat* (2).

COMMENTARIUS.

1 Quod Titius mihi debet, id & Sempronio recte lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est quod dicitur *nominis*, de quo plura *infra* sub §. *tam autem* 21. *eod.* hoc, quod appellatur *liberationis*, deque hujus legati effectu agitur in *præsenti* §. Respondet *tit. Pandecti. de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque, qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l.* 3. §. 2. *d. tit. l.* 59. *de legat.* 3. (3).

2 *Legatum utile est*) Liberationem debitori posse legari, jam certum est, ait Jurisconsultus in *l.* 3. *pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit, significare videtur idem Jurisconsultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie non est, quod est in credito, *l.* 27. §. 2. *l.* 34. *de aur. arg. leg.* Boet. in Top. *Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim auspicari licet, fuisse antea, qui negarent, ipsi debitori, quod debet, recte legari: quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est; nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

3 *Neque ab ipso debitore*) Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi, ex-

(1) D. *l.* 40. *vers* Mas.
(2) *Arg. l.* 47. *tit.* 9. *P.* 6.

(3) *D. l.* 47. *tit.* 9. *P.* 6.

cipiendo, si debitum heres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *d. l.* 3. §. 3. Quamobrem quod alibi dicitur, heredem petere non posse, *l.* 2. §. 1. *eod.* & *hoc ipso* in *textu*, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli constat.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14 *Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a qua incipire non potest.*

COMMENTARIUS.

1 Ut consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definivimus: ex quo judicandum de legato, quod *hic* proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarios capere possit, uti non potest, si nihil amplius est in legato, quam in debito, legatum non valeat: sin vero emolumenti quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato sit quam in debito, utile sit legatum, *l.* 28. cum *l. sequent. de leg.* 1.

2 *In diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit*) Hæc exempli tantum causa proferuntur: nam longe pluribus modis, quam his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito, ut puta, ratione loci, vel actionis, & totidem modis fit, ut legatum sit utile.

3 *Propter representationem*) Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est: *Ante diem aliquid præstare aut solvere*, vel antequam aliquid debeatur solvere, Sueton. in *August. cap. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. præleg. l.* 36. §. 1. *de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib.* 16. *epist.* 14. *Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo, si adveneris.*

4 *Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam &c.*) Hic iterum, ut supra §. 11. occurrunt duæ regulæ contrariæ circa casum de quo in *fine hujus* §. quarum una definit: *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiamsi ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset.* Altera contra: *Negotium extingui, cum is casus postea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul es-

se vere simpliciter & in universum. Imo neutra earum perpetua est aut vera in omnibus causis, *l.* 85. §. 1. *de div. reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.*

5 In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, a quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit; sic furor matrimonium ante rite contractum non infirmat.

6 Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat; & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, *tale sit*, ut impediat, quominus negotium recte cæptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi utiliter ab initio constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est, ut heres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut adrogatum: dicimus, irritum fieri testamentum; nempe, quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne heredum quidem omnino, §. 4. *sup. quibus mod. test. infirm. l.* 6. §. 5. & *seqq. de injust. rupt.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem, aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; hic contra dicimus, testamentum quod antea recte factum erat, nullo horum casuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hereditas cæteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunas suas testatore retinente, §. 1, & 2. *seqq. sup. quib. non est permiss. fac. testam. l.* 6. §. 1. *qui test. fac.* fuse Don. post DD. vulg. in *l. pen.* §. *ult. de verb. obl.*

7 Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse, apparet ex *l.* 98. *de verb. obl.* Atque in casu *hic* proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo pure legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit, Paulus in *l.* 82 *de legat.* 2. aperte dissentit a Papiniano in *l.* 5. *ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo testatore dies venerit, aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem

legati; si vivo adhuc eo, ait, legatum inutile effici, quamvis ab initio constiterit. Contra Papinianus etiamsi vivo testatore dies venerit &c. utile esse ejusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Papiniani sententiam rejectâ Pauli Justinianus *hic* amplexus est.

8 Tota disputatio *hujus* §. hodie inutilis pene & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* (1).

9 „ In Hispania per solam „ capitis deminutionem maximam „ testatoris testamentum fit irri„ tum ut sæpe monuimus.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, siquidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

COMMENTARIUS.

1 *Si uxori maritus dotem legaverit*) Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quam in debito, legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

2 Olim in pluribus plus commodi erat in legato, quam in actione de dote: Justinian. vero jus & petitionem mulieris, sic auxit *l. un. C. de rei uxor. act.* & *l.* 30. *C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio anni dilationem ex constitutione Justiniani habet, *d. l. un.* §. 7. *vers. exactio* (2). Tentari tamen potest cum plerisque Interpp. etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus heredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l.* 25. *de re jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri heres extitit, competere, *l.* 18. *sol. matr.* (3): atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret, con-

(1) *L.* 26. *tit.* 13. *P.* 5. *vers.* Otrosi.

(2) *L.* 31. *tit.* 11. *P.* 4.

(3) *L. fin. d. tit.* 11. *P.* 4. *in fin.*

demnatio, quod reus facere posset.

3 *Valere legatum*) *l.* 25. *in fin. de lib. leg. l.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est & expressa *dictis locis*; quia falsa demonstratio legatum non vitiat: de quo pluscula *infr.* §. *huic proxima* 30. *eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l.* 6. *de dot. præleg.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit *l.* 1. §. 7. *eod tit.*: *Centum, quæ in arca habeo*, aut: *Quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ, & prelegatæ. Sed recte respondet. Jo. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas, ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti: *Centum, quæ in arca habeo, l.* 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut siquidem extet quantitas sic designata, legatum valeat, si non extet, inutile sit, *l.* 108. §. 10. *de legat.* 1. (1).

4 Si vero simpliciter seu non adjecta quantitate legata fuerit, inutile erit legatum, ut ait hic. §. qua non apparet quid aut quantum fuerit legatum.

(1) *Arg. l.* 18. *tit.* 9. *P.* 6.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16 *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit* (2). *Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres: si vero heredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, a se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.*

COMMENTARIUS.

1 *Hujus* §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *l.* 23. *de verb. obl. l.* 30. §. 6. *ad leg. Falc.*

2 *Si res*) Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l.* 26. §. 1. *de legat*, 1. *d. l.* 23. *de verb. oblig.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem dedu-

(2) *L.* 40. *d. tit.* 9. *P.* 6.

cta est, nunquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicunque aurei generaliter & indefinite centum legato aut obligatione continentur, atque hinc dici solet, genus per rerum naturam perire non potest: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive heres sive quis alius debitor liberetur, *d. l.* 30. §. 5. *ad leg. Falcid. l.* 11. *C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, *d. l.* 30. §. 4. *l.* 37. *de verb. oblig.*

3 *Sine facto heredis perierit*) Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l.* 18. §. *ult. de dol. mal.* Nam si ipsius heredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quam cæteris creditoribus ea, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, cæterum post moram ab herede factam, heredis in detrimentum erit, *l.* 39. §. 1. *de legat.* 1. (a). Certa enim est, juris regula, mora interveniente perpetuari obligetionem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, *d. l.* 23. *de verb. oblig. l.* 82. §. 1. *eod.* de quo commodius *infra* in materia obligationum. Ait, *perierit.* Periisse non tantum res intelligitur, cum in rerum natura esse desiit, verum etiam cum commercio exempta est, §. 1. & 2. *infr. de inut. stipul. l.* 92. *de solut.*

4 ¿Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Interest in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & heres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea a domino aut a creditore evincatur, non liberabitur: quia ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l.* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 45. §. 1. *de legat.* 1. si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, ex regulis de re aliena, & oppignerata traditis *supr.* §§. 4. & 5. *hoc tit.* quæstio decidenda est.

5 *Heredis servus legatus, & ipse eum manumiserit*) Si heres servum proprium a se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, a se legatum esse, *l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 28. *qui & a quib. man.* quippe & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l.* 25. §. 2. *in fin. ad SC. Trebell.* Quod ergo dicitur in *d. l.* 28. heredem servum proprium quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum: ut nihil agere dicatur, quia manumittendo nihilominus obligatus manet: manumissus tamen liber fit, *d. l.* 25. §. 2. quod etiam Accurs. observavit.

(a) D. l. 41. tit. 9. R. 6.

TEXTUS.

De interitu quarundam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus: mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §. &. 3. seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid, vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit sit principale, reliquum accesorium; neque heres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus, quod superest, liberetur. Hæc res variis exemplis declaratur. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum; partus, fætus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ *hic* non tangit Justinianus.

2 *Partus legato cedunt*) *l.* 62. cum *l. seq. de legat.* 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partus deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt: statim enim ut sunt editi, separatam plane habent existentiam; & ideo recte Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, *l.* 3. *de pec. leg.* & Celsus in *l.* 63. *de legat.* 1. sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit.

3 *Idem est, si ordinarii cum vicariis*) Fatendum est, servos vicarios accesionis locum obtinere, quatenus considerantur, ut pars peculii ordinarium: cæterum ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi, *l.* 9. *de pecul. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur, *l.* 4. *de tit.*

4 *Sed si servus cum peculio*) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur, *l.* 1. *de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremptæ fuerint: ratio reddita a Cajo in *l.* 2. *d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata, & consumpta, ne vasa quidem deberi, *l.* 2. *l.* 4. *in pr. de pen. leg.*

5 *Si fundus instructus, vel cum instrumento*) Exemplum simile proxime præcedenti: ideo

enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur, quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit: *Fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de instr. vel instrum. leg.* At si legaverit *fundum instructum*, aut *fundum & instrumentum*, conjecturis locus esse potest; regulare tamen est, ut etiam his casibus legatum instrumenti pro accessorio habeatur, *dd. ll.* 1. & 5. *& hoc text.*

TEXTUS.

De grege legato.

18 *Si grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit; quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus; sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.*

COMMENTARIUS.

1 Grege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l.* 22. *de legat.* 1. Quo loco Pompon. etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, §. 16. *sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione, neque decretione mutetur, sed idem maneat, *l.* 21. §. 1. *de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ult. de abig.* Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, *l.* 1. *in fin. de rei vind.* Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi, atque ideo quidquid ex grege superest, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituant, tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l.* 113. *de div. reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l.* 22. Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l.* 98. §. 8. *vers. non est, de solut.* Aliud obtinet in usufructu, cujus diversitatis rationem tradidimus *sup.* §. *pen. de usufr.*

2 *Post testamentum gregi adjiciuntur*) Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi ad-

jecta sunt, *l.* 21. *de legat.* 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed plane quantuscunque erit, cum dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit.

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Aliud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l.* 41. §. 9. *& seqq. de legat.* 1. Sed etsi areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in *l.* 39. *de leg.* 2. *l.* 44. §. 4. *de legat.* 1. (2), ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, § 29. & *seqq. supr. de rerum divis. l.* 98. §. *ult. de solut.*

2. Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est: si domo, quæ legata erat, destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l.* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam disolvat, *l.* 88. §. 2. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.

3 Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus* 79. §. *pen. de legat.* 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba: *Quanquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur: ut sit hic sensus, quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio, legatum peti non potuit: uti non potest, cum constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi, quæ exceptio est *d. l.* 44. §. 4. *de legat.* 1. tamen tunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti: quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur: ita Duar. ad *l.* 8. *de legat.* 1. Donel 8. *comm.* 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l.* 78. §. 4. *l.* 88. *pr.* & §. 1. *de leg.* 3. (3). Si vero species, in quam res

(1) *L.* 37. *tit.* 9. *P.* 6.
(2) *D. l.* 37.

(3) *L.* 42. *tit.* 9. *P.* 6.

translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l.* 78. §. 4. *d. l.* 88. §. *ult.* fac. §. *cum ex aliena* 25. *supr. de rerum divis.* nisi tamen aut hic heres probet, testatorem a legato recessisse, aut illic legatarius probet, non recessisse: quomodo accipi debet Ulpian. in *d. l.* 44. §. 2. *de legat.* 1. adi Donell. *d. cap.* 17. Cujac. 5. *ad African. in l. qui usumfructum* 36. *de usufr.* & 23. *observ.* 22.

TEXTUS.

De peculio.

20 *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem, acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur, & ita Divi Severus, & Antonius rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato,* [illegible] *videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

COMMENTARIUS.

1 Multa ex *hoc* §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde, servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tunc, legato peculii non contineri, quod expensum in rationes dominicas: postremo, peculium legatum intelligi illi, qui rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo, id est, ex peculio reliqua seu aliqua inferre sive solvere.

2 *Accedit vel decedit vivo testatore*) Peculium ut diximus *sup.* §. 1. *per quas pers.* est: *Quoddam quasi patrimonium, quod servi vel filiifam. habent separatum a rationibus dominicis vel paternis*, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita, passim *tit. de pecul.* Unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l.* 65. *pr. de legat.* 2. Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini: quippe nascitur, crescit, decrescit, moritur, *l.* 40. *de pecul.* Ait, *vivo testatore.* Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit, aut extraneo; neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus au-

ctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quandiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

3 *Quod si post mortem testatoris &c.*) Si post mortem testatoris ante aditam hereditatem auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servit, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere; si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus dumtaxat; cætera non deberi, sed ad heredem pertinere, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg.* & *hoc nostro textu.* Rationem diversi juris mox audiemus.

4 *Quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit*) Ratio his verbis traditur, cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hereditate ex operis ejus, vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes heredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg.* id est, cum res legata deberi incipit, *l.* 213. *de verb. sign.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem, id solum, quod res ipsa ex se producit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hereditate cedit, *l.* 7. *in fin.* cum *l. seq. quand. dies legat.* (1): quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad heredem non transeunt, *l.* 2. cum 3. *seqq. d. tit. l. unic.* §. 5. & §. *seq.* C. *de cad. toll.* (2).

5 *Peculium autem nisi legatum*) Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l.* 24. *de pecul leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, *l.* 53. *de pecul. l. unic.* C. *de pecul. ejus qui lib. mer.* Quod hanc rationem habet, quia duplex in tali causa donatio est: una expressa, libertatis; altera tacita, minime tamen obscura, peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, se in eum jam liberum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si dona-

(1) L. 35. *d. tit.* 9. P. 6. *vers.* El primero *cum seq.*

(2) L. 34. *d. tit.* 9. P. 6. *vers.* E aun *cum seqq.*

tum nollet, posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud heredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, fac. *d. l.* 53. *de pecul. d. l. un.* C. *de pecul. ejus qui lib.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21 *Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur* (1). *Sed & tale legatum valet*: Damnas esto heres meus domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno liberare (2).

COMMENTARIUS.

1 Duo sunt, quæ *hoc* §. docemur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In *textu* trajectio est, quia de rebus corporalibus res notior est. Alterum, non solum res, quæ propriæ & specialiter ita dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

2 *Quam incorporales*) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hereditatis aut bonorum, liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia, & jura, & servitutes legari posse, *l. cætera* 41. *in pr. de legat.* 1. (3). Quid usu, ususfructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis tit. in *Pandec.* quid legata parte hereditatis *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. quid parte bonorum *l.* 9. *de legat.* 2. & *alibi*. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus *sup.* §. 13. agiturque de eo item tit. proprio in *Pandec. Hic* de legato *nominis* agendum est.

3 *Quod defuncto debetur, potest alicui legari*) Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur *liberationis*, & tertio alicui, veluti: *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do lego*, *l.* 82. §. *pen. de legat.* 1. estque id legatum, quod passim *nominis* appellatur, *l.* 44. §. 6. *de legat.* 1. *l.* 59. *de legat.* 3. Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, *d. l.* 44. §. 5. *de legat.* 1. *d. l.* 59. *eod.* 3. (4).

4 *Ut actiones legatario præ-*

(1) *L.* 19. *d. tit.* 9. *P.* 6.
(2) *L.* 28. *eod. vers.* Otrosi
(3) *D. l.* 19. *tit.* 9. *P.* 6.
(4) *L.* 47. *eod.*

stet) Legato nominis nihil amplius continetur, quam ut actiones suas heres præstet, *d. l.* 44. §. 6. *l.* 105. *de legat.* 1. (1). Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab herede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, heredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debeatur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit: *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego*, *l.* 75. §. 2. *de legat.* 1. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario, emptori aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat, donec heres aut creditor actiones suas mandaret, quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum, exercerent, *l.* 18. C. *hoc tit.* *l.* 5. & *l.* 7. C. *de hered. vel act. vend.*

5. *Nisi exegerit testator pecuniam*) Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum a vivo testatore exactum non fuerit; ceterum si testator post factum testamentum pecuniam a debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulpian. *d. l.* 75. §. 2. *de legat.* 1. Quod *hic* confirmat Justinianus. Ratio hujus rei duplex: prima, quia testator exacto debito quod legaverat, ademisse legatum videtur, *l.* 11. §. 13. *de legat.* 3. (2); secunda, quia cum nomen exactum est, res legata perit, extincta debiti substantia, *d. l.* 11. §. 13. Quæ ratio cum locum quoque habeat in solutione debiti ultro a debitore facta, cæterisque modis quibus liberatio contingit, omnibus his legatum sive nominis, sive liberationis extinguetur, ut generaliter definit Terentius Clemens in *l.* 21. *de liber. leg.* Gloss. tamen in *d. l.* 21. distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui a creditore conventus, ut hoc duntaxat posteriore casu extinguatur legatum. Enimvero admittitur etiam in his casibus probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. & transf. legat.* utputa, si testator debitum exactum, vel ei solutum in deposito seu separatum habuerit, quasi illud conservans legatario, *d. l.* 11. § 13. Petetur autem hoc casu legatum recta ab herede: nam frustra desideraret legatarius, ut sibi cederentur actiones, quæ nullæ supersunt.

6 Ait, *nisi exegerit.* ¿Quid ergo si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit?

(1) D. *l.* 47. *tit.* 9. P. 6. *vers.* Otrosí.

(2) D. *l.* 15. *tit.* 9. P. 6. *vers.* Pero.

Bart. in *l. nepoti 6. de instruct. vel instrum. legat.* eumque secuti Ang. & Myns. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quandiu res non desiit esse plane integra. Sed verior est contraria sententia: quia non debet legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut Judex sententiam differt, & voluntas adimendi in testatore, jam apparet. Nihil sane pro Bart. sententia facit *d. l. 6. de instruct. vel instrum. legat.* Nam in specie *illic* proposita, debitum non in ratione debiti fuit legatum, sed in generaliori ejus, quod testatrix in illa regione habebat, & suum erat.

7 *Damnas esto heres meus domum illius reficere*) Etiam facta, ut diximus, recte legantur aut in fideicommissum deducuntur, id est, damnari potest heres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat. Plene si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet, scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *l. 114. §. 14. de legat. 1.* Ejusdem generis sunt, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. 113. §. ult. eod. L. ult. §. 2. de aur. legat.* (1).

8 , In Hispania probatæ sunt , *l. 15. tit. 9. P. 6. vers.* Pero , *cum seq.* opiniones Glossæ, & , Bartholi asserentium, neque per , solutionem ultroneam, neque , per solam petitionem debiti, , quandiu hoc solutum non sit, , legatum nominis extingui.

TEXTUS.

De legato generali.

22 *Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* (2).

COMMENTARIUS.

1 Insignis *hic locus* est & difficilis. Illud primo notandum, genera a nostris dici ea omnia, quæ sub appellatione communi plures res continent huic appellationi subjectas, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non esse species contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. Deinde non omne legatum generis valere. Interpp. primum & recte hinc removent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus aut animal simpliciter leget; quia in his ea est

(1) *L. 32. tit. 9. P. 6. vers.* Otrosi.

(2) *L. 23. d. tit. 9. P. 6.*

infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere, & vel minimam de mundo, ut loquuntur, heres præstando liberaretur: & quia propter summam incertitudinem, perinde habendum ac si legatum esset corpus ignotum, cujusmodi legatum non valet, *l.* 69. §. 4. *de jur. doc.*

2 Insuper in genere infimo, quod uti diximus, in scholis est infima species, recte iidem Interpp. distinguunt inter res huic generi subjectas, ut si tales sint, quæ certam determinationem habent a natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l.* 13. *l.* 37. *in pr. de legat.* 1. (1). Si vero natura determinatæ non sint, ut fundus & domus (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l.* 24. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 60. *de verb. sign.*), in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quam utile, *l.* 71. *de legat.* 1. *d. l.* 69. §. 4. (2), utpote quod a superiore nihil aut parum distet.

3 Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l.* 71. in pr. (3). At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quam si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esset, quam domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato, nec legatum ullum, nec stipulationem esse, *d. l.* 69. §. 4. Pro his exemplum ædium legatarum, *d. l.* 71. *de legat.* 1. quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, arg. *d. l.* 24. §. *pen de legat.* 1. Tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat seu dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis heredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l.* 7. *de trit. vin. ol. leg.* quæ sententia verior videtur. Consule Donel. in *l. ita stipulatus* 115. *de verb. obl. n.* 13. & *seqq.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eandem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse, vel ex sola collatione *d. l.* 7. *de trit. vin. ol. leg.* & *l.* 94. *de verb. obl.* apparet.

4 *Electio legatarii est.*) Ubi utile est legatum generis, placet, electione non heredi, sed legatario dari, ut *hic* scriptum est,

(1) *D. l.* 23. *tit.* 9. *P.* 6.
(2) *D. l.* 23. *vers.* Pero *cum seq.*
(3) *D. l.* 23. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* Pero.

& in *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* idemque est si plures res disjunctim legatæ sint; veluti Stichus aut Pamphilus, *l.* 23. *de legat.* 2. aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit, puta si testator dixerit: *Ex duobus servis meis unum Titio do lego*, *l.* 20. *de legat.* 1. Diversi autem casus sunt qui proponuntur in *l.* 32. §. 1. *l.* 39. §. 6. *eod.* de quibus *in fine*. Cæterum additur *hic* exceptio: *Nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram: *Nisi sermonem ad heredem direxerit*, nisi potius dicamus, hoc etiam verbis illis: *Nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixerit, magna tamen adhuc cautione, quod *hic* simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget.

5 Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure elegendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis, legatario, in damnationis, heredi electio permittebatur; cujus differentiæ testimonia non obscura videmus in *l.* 34. §. *pen de legat.* 1. *l.* 19. *d. l.* 23. *eod.* 2. & alibi passim. Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis verba executiva dirigit ad legatarium, ei dans, legans, cum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis heredem alloquitur, damnans jubensve, eum dare, aut facere. Ratio juris: quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus eam vindicandi habebat & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vindicare potest, quod significat African. *l.* 108. §. 2. *de legat.* 1. ubi ait, ejus electionem esse oportere, cui potestas sit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, sed tantum in personam ex testamento agere heredemque ut debitorem quasi ex contractu obligatum convenire, hujusmodi puta formula: *Ajo te mihi servum dare oportere*, aut hac: *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio postulabat, ut hic heredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis, constat, *l.* 10. *in fin. de jur dot.* Quæ differentia, cum ex voluntate testatoris proveniat, non debet intelligi sublata per exæquationem legatorum, de qua *supr.* §. 2. *hoc tit.* Quamobrem quando res per damnationem legatur, non ante legatario vindicationem dari oportebit, quam heres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. in *l. Lucio* 23. *de legat.* 2. & in *l. legato* 37. *eod.* 1. probant summi viri Gomez 2. *var. resol.* 11. *n.* 43. Covarr. in

cap. Indicante, n. 4. de testam. Ant. Fab. *6. conj. 1.*

6 Neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantum pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere, heredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere heredis, arg. *l. 67. §. 8. de legat. 2.* Et quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est, *l. 3. de trit. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solum si certa quantitas, verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit (1). Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illo cessante nulla electio, *d. l. 108. §. 2. de legat. 1.* Deinde, nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecunque sumi, & solvi potest, *l. 4. de trit. vin. l. 35. §. 1. de aur. arg. leg.* & qua legata ut quantitate, nec actionis electio, nec vindicatio est.

7 Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed heredis electio est, qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus 71. in pr. de legat. 1.* (2): quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit. Ratio est, ne si legatario hic electionem concedimus, heredem, supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. 67. §. 8. de legat. 2.* Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, & major distantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam Interpp. nostrorum communis opinio, teste Gomez, quam & ipse probat *2. var. resol. 11. num. 9.* Auctoritas Pandectarum Florentinarum, in quibus hæc scriptura est in *pr. d. l. 71. Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator, habuit, legatario dare*; me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincti legata, putarem le-

(1) D. l. 23. tit. 9. P. 6.

(2) D. l. 23. tit. 9. P. 6.

gatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur: *Cogetur heres: quam domum volet* &c. ob rationem allegatam; & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur: *Cogentur heredes, quam domum volent* &c. quæ scriptura etiam certius, quam vulgata; heredi electionem tribuit.

8 Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcunque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa homine generaliter legato, actorem; sed conclusam intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l.* 37. *de legat.* 1. (1). Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve heres nimis oneraretur; sed nec pessimus homo hoc casu dandus est, *d. l.* 37. Illud expeditum est, si de certo servo aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, heredis electionem esse, *d. l.* 37. §. 1. *l.* 32. §. 1. *l.* 39. §. 6. *eod.*

TEXTUS.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis, vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, & hoc in meliorem statum reformatum est: & data est licentia heredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est: sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures heredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis Judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione praecellat* (2).

COMMENTARIUS.

1 Quidam putaverunt aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifeste apparet ex *l.* 1. *l.* 2. *in pr.* & passim *tit. de option. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse a simplici legato generis aut alternativo, certum est, *d. l.* 2. *in pr.* & §. 1. *l.* 9. §. 1. *de tit.* Nec una inter hæc dif-

(1) *D. l.* 23. *vers.* Fuerat eadem.

(2) *L.* 26. *d. tit.* 9. *P.* 6.

ferentia est. Nam primum, in legato optionis solemnis est & expressa electio: in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnis. Deinde, optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem. Hinc est, quod in legato opinionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii: in legato autem generali & alternativo nonnunquam heredi electio competit. Adhæc, cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l.* 37. *de legat.* 1. ei autem licet, cui legata est optio, *l.* 9. §. 1. *de dol. mal.* excepto casu speciali *l. ult.* §. 1. C. *comm. de legat.*

2 Plane in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidam etiam loci, in quibus tractatur, *genere legato*, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in. *l.* 2. §. 1. *l.* 10. *l.* 12. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, *l.* 5. *de leg.* 1. *l.* 20. *de opt. leg.* Item in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l.* 3. *qui & a quib. man.* quod res omnes quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.* 4. *de opt. leg. l.* 3. §. 6. *ad exhibend.* Proprie optio legata dicitur, cum ipsa electio legatur; veluti si dicat testator: *Titio optionem servorum meorum do lego*; quo casu tres servos eligi posse, rescriptum est. *l.* 1. *eod.* vel sic: *Titius ex servis meis, quem volet, optato*, vel: *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Julianus in *l.* 10. *eod.* verbum *optionis* in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

3 *Ex constitutione nostra data est licentia heredi legatarii optare*) (1). Justinianus effecit, ut legatum optionis quod antea conditionale erat, purum esset: & ex *nostro* §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & heredes legatarii optare possent; deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse, sorte nimirum dirimendam quæstionem, quando plures, quibus electio competit, circa eam dissentiunt. Prior constitutio *priori* inserta *Codici* periit, additamentum migravit in *Codicem repetitæ prælectionis*, habeturque *l. ult. C. com. de legat. & fideic.* (2).

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. *Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.*

1 Transit *hic* Imperator ad partem principalem *hujus tituli*

(1) *D. l.* 26. *tit.* 9. *P.* 6.

(2) *D. l.* 26.

secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. *Textus* autem *iste* nullam continet difficultatem.

2 ,QUIBUS IN HISPANIA legari nequeat, disce ex iis, quæ ,diximus *supra* in *pr. de her. inst.*

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

25. *Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut Divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat*: Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit ei heres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti*: Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta; repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

COMMENTARIUS.

1 Incertæ personæ olim neque hereditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat, Ulpian. *tit.* 22. §. 4. & *tit.* 24. §. *incertæ* 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpian. *d. tit.* 22. §. 4. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis XII. Tab. *Uti quisque legassit*, veteres interpretati sunt; uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit &c. At hereditatem bonave sua, magno sæpe labore quæsita, relinquere incertæ personæ tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, heres meus decem dato, l.* 14. *de reb. dub.* Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is privatim voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhibere testes, nisi sciente testatore & rogante, non possunt. Non obstat quoque *l.* 62. §. 1. *de hered. instit.* Agitur enim *ibi* expresse de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit; sed

quis plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat de quo sensisset: cujusmodi in casu audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus est, arg. *l.* 33. §. 1. *de cond. & dem.* Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus proponi *illic* legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus. Quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda; si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum; & benigne id admissum.

2 Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia heredes institui, aut legatum capere potuerunt, Plin. *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvissium. Nec heredem*, inquit, *institui, nec percipere posse Rempub. constat.* Cæterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, *l.* 73. §. 1. *l.* 117. *l.* 122. *de legat.* 1. Tandem etiam concessum, ut civitates heredes institui possent, *l.* 12. C. *de hered. instit.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpiani *tit.* 22. §. *nec* 5 & *l.* 26. *ad SC. Trebell.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hereditatem municipibus restitui ex senatus consulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat, quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen heredis Episcopis, Œconomis, Xenodochis: nomen, ut sint heredes, jus ut debita exigant, creditoribus hereditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l.* 24. *l.* 49. §. 1. & *seqq.* C. *de Episc. & Cler.*

3 *Quam in certa opinione*) Incerta persona *hic* dicitur: *Quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit*, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circunscripta tanquam in immenso atque infinito vagatur; nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

4 *Sub certa vero demonstratione*) Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, Ulp. *tit.* 24. §. *incertæ* 18.

5 *Per errorem soluta repeti non posse*) Non impedit ratio naturalis quominus, verbi causa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, heredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, heres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur; quæ causa est,

quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus quod ex ea causa solutum est, repetitionem, *l.* 19. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act.* Quare quod olim legata relicta personis incertis non valerent, profectum videtur ex quadam juris civilis subtilitate: quam voluisse Hadrianum, etiam in testamentis militum obtinere, ut dicitur in *hoc* §. mirum est.

6 ,IN HISPANIA, si testator ,bona sua reliquerit pauperibus ,alicujus civitatis, inter eos, qui ,in nosocomiis ipsius civitatis fue- ,rint reperti, distribuenda sunt, ,prælatis iis, qui ita sint infir- ,mitate correpti, ut ex nosoco- ,miis exire nequeant. Sin autem ,testator pauperes simpliciter vo- ,caverit, inter illos dividentur, ,qui de oppido sunt, in quo te- ,stamentum sit conditum, *l.* 20. ,*tit.* 3. P. 6. Greg. tamen Lop. ,in *gloss.* 7. *ejusdem l.* 20. con- ,ditionem adjicit hoc ultimo ca- ,su, si nempe testator ibi domi- ,cilium habuerit.

TEXTUS.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. *Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

Hic text. clarus est: vide tamen, si placet, ea quæ de hoc argumento diximus in §. 2. *de exher. lib.*

TEXTUS.

Jus novum de personis incertis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur: non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hujusmodi species sine justa emendatione*) Constitutio quam *hic* memorat Justinianus in *Codice* quo utimur desideratur. Pater autem ex *hoc textu*, eam est posthumos alienos et personas incertas respexisse, tam in hereditatibus, quam in legatis. Post hanc itaque emendationem omnes hi heredes institui possunt, eisque legata relinqui.

2 *Tutor autem nec per nostram, const. incertus dari*) *Hic*

locus ostendit, verum esse, quod diximus, Justinianum in constitutione, cujus *hic* meminit, emendasse jus de personis incertis, non solum de posthumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, *l.* 20. *de test. tut.* ad cautionem pupilli pertinet: quippe cujus interest, ne incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maxime sine satisdatione, qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

De posthumo alieno herede instituto.

28. *Posthumus autem alienus heres institui, & ante poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

COMMENTARIUS.

1 Doctrina *hujus text.* non videtur convenire cum iis, quæ *supra* dicta sunt de legato relicto posthumo alieno & de emendatione juris veteris etiam hac in parte a Justiniano facta. Tum, si antea posthumus alienus heres institui potuit, ¿quid opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? ¿An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expresse se antiqui juris observationem circa incertas personas emendasse etiam in hereditatibus: significans sua demum illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus recte heres instituatur. Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse, sive heres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum; cum eo jure institutio posthumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque Prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *pr. Instit. de bonor. posses. l. 6. de inoff., testam.* Quamobrem Interpp. fere omnes hæc verba Justiniani: *Et ante poterat, & nunc potest*, sic acceperunt, *ante poterat* jure prætorio, *nunc potest* etiam jure civili, ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu, cum parum referat ad vim tabularum, utrum hereditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. *Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit,*

tum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur, & recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui, si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest (1).

COMMENTARIUS.

1 Tractationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione, & falsa causa: ideo subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. de cond. & demonstr.* item *tit. C. de fals. caus. adj. leg.* cum 2. *seqq.*

2 *In nomine, cognomine, prænomine, agnomine*) Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distincte expressit in *l.* 4. *C. de testam.* Et plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiaticus.*

3 Prænomen erat nomen cujusque proprium, ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium, qui ejusdem familiæ erant, cognomen erat: ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia opressa agnomen acceperunt, quanquam ejusdem essent familiæ, teste Cicerone *pro Muræn.* quo tamen loco & *alibi*, non agnomen illud, sed cognomen vocat. Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib.* 1. *de invent. cap.* 9. *Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hereditarium, a parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptisimi initiamur, & in Ecclesiam recipimur.

4 *Cum de persona constat nihilominus valet legatum*) Sive quis heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: ceterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrentur, valet institutio & legatum perinde ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l.* 9. §. 8. *de her. instit.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l.* 34.

(1) *L.* 9. *d. tit.* 9. *P.* 6. *vers.* Pero. *L.* 28. *vers.* Pero *cum seq. eod.*

de cond. & demonst. (1). Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omnino adjectum non esset, dummodo certum, sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, persona tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l.* 9. §. 8. Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l.* 2. *de his quæ pro non script. habent.* Finge ergo, testatorem dixisse: *Cornelius, sororis meæ Cornelia filius heres esto*; aut: *Cornelio, sororis meæ Corneliæ filio centum lego*: etiamsi ei non Cornelius; sed Sempronius nomem sit; valebit institutio aut legatum. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l.* 4. *de legat.* 1.

5 Plane si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem, nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l.* 4. *de legat.* 1. (2), ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia sint, hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l.* 7. §. 2. *de supell. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia impositione constant, & ita ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur, unde nec rei substantiam, sed tantum differentiam indicant. Appellativa autem a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt principia & elementa reliquorum. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur: non vestis, quia hujus non fit mentio; non supellex, quia de hac non sensit, vocabulo hoc aliis rebus quam vestibus conveniente. Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantum servus adsit, facile apparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi servo suo competere potest.

6 *Significandorum hominum gratia*) Ratio elegans: si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine

(1) *L.* 2. *tit.* 4. *P.* 4. *vers.* Por.

(2) *D. l.* 28. *tit.* 9. *P.* 6.

legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debent.

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi; veluti si quis ita legaverit*: Stichum servum meum vernam do lego: *licet enim non verna, sed emptus sit, si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit*: Stichum servum, quem a Sejo emi, *sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod in errore nominis personæ legatarii aut propii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen, personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset, dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l.* 17. *in princ.* & §. 1. *l.* 33. cum *l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis. Eoque respicit Justin. in *pr. hujus* §. cum ait, proximam esse superiori hanc juris regulam: *Falsa demonstratione legatum non perimi.*

2 *Stichum servum meum vernam*) Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna: *Servus domi ex ancilla natus.*

3 *Stichum servum, quem a Sejo emi*) Aliud ejusdem generis exemplum ex *l.* 17. §. 1. *de cond. & dem.* Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ; idem vero etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l.* 17. §. *l.* 33. & *l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui obstet voluntati, qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit; ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, arg. *l.* 4. & *l.* 7. C. *de her. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato fal-*

(1) *L.* 19. *tit.* 9. *P.* 6.

sa causa adjecta non nocet; *veluti cum quis ita dixerit*: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego; *vel ita*: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum. Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet* (1). *Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo*: Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego (2).

COMMENTARIUS.

1 Quod juris est, ait Cajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l.* 17. §. 2. *de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu: *Ratio, propter quam aliquid datur aut fit*, *l.* 52. *de cond. ind.* (3). Igitur causa, id est, ratio legandi etiamsi falsa sit, legato non obest. Sed ¿ cur ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent: adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi a legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus in *l.* 72. §. 6. *de cond. & dem* cum ideo ait, falsam causam legato non obesse: *Quia ratio legandi legato non cohæret.* Causa, quæ in futurum confertur, modus apellatur; veluti: *Centum lego, ut opus extruatur &c. d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit.* C. *de his quæ sub mod. leg.* (4).

2 *Legatum tamen valet*) Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur: quippe qui sciebat, se ob negotia sua gratia gesta, aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri. Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persuasione, datum consistit, nec repeti potest, *d. l.* 52. *de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *l.* 65. §. 2. *eod.* quia qui dedit, donare voluit.. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, quæ plenius interpretantur, *l.* 12. *de div. reg. jur.*

3 Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit *l.* 72. §. 6. *de cond. & dem.* nisi heres probet, testatorem legaturum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt: *Sed cum seqq.*

(1) *L.* 20. *d. tit.* 9. *P.* 6. *l.* 21. *eod. vers.* Otrosí *cum seqq.*

(2) D. *l.* 21. *in pr.*

(3) D. *l.* 21. *vers.* Otrosí

(4) *D. l.* 21. *vers.* E a las vegadas.

plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturum non fuisse. Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa; tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium heres submoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legaturum.

4 *Conditionaliter enunciata*) Si causa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum lego*, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit ut voluntas legato desit, & legatum sit inutile, *l.* 17. §. *pen. de cond. & dem.* (1): nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, §. *pen. inf. de verb. oblig.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus: utrumque enim futurum aliquid spectat: nam si hac legandi formula testator utatur: *Titio centum do lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l.* 17. §. *ult.* si ita dixerit: *Do, lego, si monumentum faciat*, est conditionale (2). Effectu autem inter hæc nonnihil interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur: sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l.* 3. *l.* 4. *C. de cond. insert* (3): quanquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur: nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo, statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit (4): si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio quod a Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hereditatibus quoque locum habet, *l.* 7. *l.* 18. *de cond. & dem* eam esplicamus in §. 4. *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De servo heredis.

32 *An servo heredis recte legemus, quæritur: & constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte*

(1) *D. l.* 21. *tit.* 9. *P.* 6.
(2) *D. l.* 21. *tit.* 9. *P.* 6.
(3) *D. l.* 21.
(4) *L.* 7. *tit.* 4. *P.* 6.

legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit (1).

COMMENTARIUS.

1 Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una *hoc* §. an servo heredis recte legetur: altera §. *seq.* an recte legetur domino servi heredis instituti.

TEXTUS.

De domino heredis.

33 *Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator: non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas a legato separata sit, & possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse heres efficitur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum* (2).

Hic duo textus non majorem illustrationem merentur, quam ipsi continent.

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34 *Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur: scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

COMMENTARIUS.

1 Sequitur *hujus tituli* caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimirum hæ tres, quod ante heredis institutionem, quod post mortem heredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

2 *Ante heredis institutionem*) Olim si ab institutione heredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem heredis relicta inutilia erant, Ulpian. *tit.* 24. §. *ante* 15. Cujus rei rationem hanc affert ipse Ulpian. *Quia potestas testamenti ab heredis institutione incipit.* Unde heredis institutio intelligitur vel-

(1) *L.* 8. *d. tit.* 9. *P.* 6.

(2) *D. l.* 8. *tit.* 9. *P.* 6.

uti caput & fundamentum totius testamenti. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito Quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil interest, utrum quid prius, an posterius scribatur, *l.* 14. *de pecul. leg.*

3 „In Hispania, nedum erit „validum testamentum, in quo „legata institutionem præcedant; „sed etiam illud, in quo nulla „appareat heredis institutio, ut „sæpe diximus ex *l.* 1. *tit.* 18. „*l.* 10. *Nov. Recop.*

TEXTUS.

De legato post mortem heredis vel legatarii.

35 *Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat:* Cum heres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item:* Pridie quam heres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniatur.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Hæc item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem heredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit.* 24. §. *post. mortem* 16. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 5. Hoc ideo placebat, quia vetus erat juris regula, quod obligatio quæ non cæperat a defuncto vel contra defunctum, in persona heredis vel contra heredem non inciperet, §. *post mortem* 12. *infr. de inut. stipul* Quod correxit Justinianus abrogans præfatam regulam, *l. unic.* C. *ut act. ab herede.* (2).

TEXTUS.

De legato pœnæ nomine.

36 *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel trasferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat; veluti si quis ita scripserit:* Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverso,* si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit:* Heres meus si servum Stichum alienaverit: *vel ex diverso,* si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur, ut quam plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testa-*

(1) *L. 4. d. tit. 9. P. 6.*

(2) *L. 4. d. tit. 9. P. 6.*

mentis valde observabantur : quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat : eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat ; veluti si quis ita dicat : Titius heres esto. Si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque heres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit : & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare a cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo : exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.*

COMMENTARIUS.

1 Tertia hæc species est, in qua jus vetus circa formam legandi a Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, de quo *in textu* exempla habemus, in ea causa fuit ut qualecunque hoc esset, in totum nom valeret, Ulp. *tit.* 24. §. *pœnæ* 17. Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum, quoniam in heredis arbitrium hoc legatum confertur ; sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate heredis poni non possit, *l.* 43. §. *pen. de legat.* 1. Deinde, quia finis legandi hujusmodi legato obstat : quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debent, non puniendi aut territandi heredis causa reliqui.

2 *Quod coercendi heredis causa relinquitur*) Plenius aliquanto definit Ulpian. *tit.* 24. §. 17. quid sit pœnæ nomine legare. *Pœnæ*, inquit, *causa legatur, quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quidem aut non faciat, non ut legatum pertineat* : id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius a legatario percipiatur aut obtineatur.

3 *Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*) Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea, quæ extat in *l. unic.* C. *de his quæ pœnæ nom.* ut jam, quæ pœnæ nomine relinquuntur vel adimuntur aut transferuntur, non minus valeant, quam cætera, quæ jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum videri debet, eum, qui heres instituitur aut legato honoratur, pro modo relicti a testatore gravari aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honeste possit : præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l.* 35. §. 3. *de her. instit.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut heres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur a pœna, Covarr. in *cap. Rainaldus* §. 1. *n.* 7. *de testam.* Peregr. *lib.* 3. *de. jur. fisc. cap.* 18. *n.* 108.

Sunt tamen qui putant jam ante Justinianum fuisse permissum pœnæ nomine legare per *l.* 1. *de pen. leg. l.* 27. *de cond.* & *demonst. l.* 1. *de his quæ pœn. nom.* quod non definimus, quia nullam meretur operam.

4 *Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur*) Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l.* 131. *de verb. sign.* ¿Quæ vero culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Heres meus, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glos. in *d. l. un.* C. *de his quæ pœn. nom.* notat, & diserte scriptum est in *d. l.* 1. *Pand. eod.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM

ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4. (1).

1 Dictum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo recte ab initio constituta infirmentur. Id fit cum aliis modis, tum maxime ademptione aut translatione, de quibus etiam *hic* Justinianus solum agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere aut in alium transferre possit: voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *hoc tit.* (2). Ademptione legati, vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis, dum testatur, se adimere quod dedit; sive aliis quibuscunque, ex quibus aperte intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis, arg. *l.* 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, *l.* 16. *eod.* (3), aut rem legatam destruxerit, *l.* 65. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 88. §. 2. *de legat.* 3. aut in novam speciem

(1) *L.* 39. *cum seqq. tit.* 9. *P.* 6.

(2) *L.* 25. *tit.* 1. *P.* 6.

(3) *L.* 39. *tit.* 9. *P.* 6.

transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l.* 88. *in pr.* & §. 1. (1): vel nulla necessitate adductus alienaverit: de quo actum *tit. præced.* §. 12. (2) vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit: de quo sub §. 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademptio introducitur: si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaravit, se legatum adimere: veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio secuta sit; hic petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, *l.* 3. §. *ult.* junct. *l. seq. hoc. tit.*

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est: sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti, si quod ita quis legaverit: Do, lego, *ita adimatur:* Non do, non lego: *sive non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis* (3).

Hic textus clarus est.

TEXTUS.

De translatione.

1 *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit:* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: *sive in eodem testamento, sive in codicillis id fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

1 *Ab alio ad alium*) Ex Cajo *l.* 5. *hoc tit.* Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paulus *l.* 6. *eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *a persona in personam transfertur*; ad quem modum pertinet species *hic* proposita: *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est, deinde pure legatur, *l.* 89. *de cond. & dem.*

2 *Hominem Stichum, quem Titio legavi. Sejo do, lego*) Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do, lego; Sejo eundem do, lego*: qua nihil Titio adimi, sed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. 8. *tit. præc.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *l.* 33. *de legat.* 1 Sed diversæ omnino sunt hæc formulæ;

(1) L. 42. *eod.*
(2) L. 40. *eod.*
(3) *D. l.* 39. *tit.* 9. *P.* 6.

& cum quis ita dicit: *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego*, ex ipsa conceptione perspicue apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur, sed, verbi gratia, ita testator scripserit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, heres meus illi dato, si illud aut illud factum erit*; legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l.* 89. *de cond. & dem.* Obstare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt in hac specie: *Ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto*; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l.* 15. *in princ. de hered. instit.* Sunt qui in institutione heredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas: *Stichum, quem Titio legavi, Sejo, lego*; &: *Stichum, quem Titio legavi, eumdem Sejo lego*; illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifeste conjungitur, cum idem utrique legatur. Alioquin dari solet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi in dubio translationem: ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem*; e. g. *Stichum, quem Titio legavi, Cajo do, lego. Titio Stichum do, lego; eundem Cajo do, lego.*

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 35. *Tit.* 2. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 50. *Nov.* 1. (1).

1 In disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissime antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est.

TEXTUS.

Ratio & summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege XII. *Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset*: Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto; *vissum est, hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum*

(1) *Tit.* 11. *P.* 6.

testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia lata sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus heres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat (1).

COMMENTARIUS.

1. *Lege* XII. *Tab. libera erat legandi potestas*) Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege XII. Tab. licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere nihil ut heredi relinqueretur, præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l.* 120. *de verb. sign.* Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis heredibus nullo suo, aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpe oneribus, minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice interesse existimaretur, supremas hominum voluntates conservari, *l.* 5. *test. quem aper.* visum est ex usu esse Reip. heredes justo aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod heredes ex testamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

2. *Ipsorum testatorum gratia*) Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam, ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit, errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quam habent, argum. *l.* 10. *qui & a quib. man.* Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt; ut voluntas serventur; quippe qui ne deserto testamento nihil consequatur, potius cum herede paciscentur, partemque remittent, §. 2. *infr. in fin. hoc tit.* tamen facilius heredem inductum iri, ut hereditatem adeant, Legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem

(1) L. 1. d. tit. 11. P. 6.

aliquam haberet, quam si beneficio legatariorum.

3 Licet autem hinc intelligere, leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantum in genere & quasi in abstracto testatores a heredibus consideratos, tanquam omnes ita affecti sint, ut malint partim legatariis detrahi, quam voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testatorum favore si hæ leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa Titio testatori, huic suo favori renuntiare, et testamento cavere ne heres aliqua harum legum uteretur; quod olim non licuisse certum est: sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut de lege Falcidia expresse traditum est *l.* 15. §. 1. & *ult. l.* 86. *in fine hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, *l.* 1. *in pr. vers. secundo, ead.* Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamentis militis legi Falcidiæ locum non esse, *l.* 7. *C. ead. l.* 12. *C. de testam. milit.* Nam si ex voluntate & favore testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam ceterorum, tribuitur. Porro ex his simul intelligimus, leges esse superiores leges in heredum potissimum gratiam, & minus principaliter etiam testatorum, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quæritur: quod etiam diserte traditum est in *l.* 71. *hoc tit.*

4 *Lex furia*) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne cui supra mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, Ulpian. *tit.* 1. §. 2. & Theophilus *hic*, qui tamen non asses habet, sed aureos seu solidos. Qua quidem lege etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: nam cum de singulis duntaxat legatariis lex caveret; facile evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hereditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

5 *Lex Voconia*) Cum usu omnium rerum magistro compertum esset, lege Furia superius incommodum nequaquam esse sublatum, Q. Voconius Tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad heredem heredesve perveneerit, ut ex *Verrina de prætura urbana* intelligitur: ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hereditates, altero cautum (quod etiam Theoph. scribit) ne plus haberet legatarius, quam heres. Verum nec hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipsa de singulis tantum caveret legatariis. ¿Quid enim si numerus legatariorum tantus sit, ut

in singulos singulis sextulis erogatis, una quoque tantum sextula, & forte unus aureus heredi relinquatur? ¿Quis spe tantuli lucelli hereditatem alicujus cernat?

6 *Lex Falcidia*) Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est a Pub. Falcidio Tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino, & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib.* 48. *pag.* 430. Hac demum lege certis terminis circumscripta est legandi licencia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l.* 1. *hoc tit.* Quare, ut maxime legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam heredis lucro cedat, necesse est. Superiores igitur leges, etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit; quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est.

7. *Ne plus legare*) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est: & statim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Porro producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione *l.* 5. *C. eod. l.* 2. *C. de don. mort. caus.* (1). Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l.* 12. *C. hoc tit.* Propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus: quod a D. Pio factum scribit Paul. in *l.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hereditates: de quo sequenti *tit. seq.*

8 *Bona quarta remaneat*) Nec solum heres, si possidet, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, *l.* 1. §. 11. *hoc tit. l.* 9. *C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam a quovis possessore vindicare, *l.* 26. *eod.*

TEXTUS.

De pluribus heredibus.

2. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis (veluti Titio & Sejo), si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: a Sejo vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem dimidiam minuant: an, quia is quartam partem totius hereditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, placuit, posse retinere: etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

(1) D. l. 1. tit. 11. P. 6. in fin.

COMMENTARIUS.

1 Lege Falcidia potestas facta est patrifam. tantam pecuniam testamento dandi legandi, quantam volet, dum ita detur legetur, ut ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. In uno herede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hereditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus; ex una pure, ex altera sub conditione; ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.* 1. §. 13. *l.* 11 §. *pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l.* 52. §. 1. *de adq. vel om. her.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem heredes, sed sine partibus omnes instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus heredibus ex certis partibus institutis, si unius duntaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud coheredes pars quarta hereditatis maneat intacta.

2 *Duobus heredibus institutis*) Testato cum non amplius, quam centum in bonis haberet, duos heredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse heredes instituit. A titio quadraginta aut quinquaginta legavit: a Sejo vero nihil, aut minus viginti-quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hereditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere. Videri poterat legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata: utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hereditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse: quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hereditatis salva maneat, sed nominatim ut heredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis, cum non uni heredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque heredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l.* 77. *hoc tit.*

3 *In singulis heredibus ratio*) Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, heredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui heredes extiterunt. In qua subtilis distinctio quæ probata est, habetur in *l.* 78. junct. *l.* 87. §. 4 *hoc tit.* In tabulis patris &

filii, id est, in pupillari substitutione, licet duo sint heredes filius & ejus substitutus, una tamen est Falcidia, quasi legata secundis tabulis relicta, primis sub conditione data intelliguntur, *l* 11. §. 5. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii.

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratia) si is, qui certum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuagintaquinque legaverit, & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum), ut non amplius quam septuagintaquinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur* (1). *Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.*

COMMENTARIUS.

1 In quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque accessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hereditate contingit, heredem se qui, *l.* 73. *hoc. tit.* Cujus rei ratio est, primum, quoniam heres quartam partem ex bonis hereditariis habere debet: at ea proprie sunt quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l. unic.* § 1. *C. de cad. toll.* (2) Adde, quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l.* 27. §. *ult.*

2 *Nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem &c.*) Postquam placuit, a morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hereditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l.* 73. *l.* 30. *hoc. tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis a defuncto con-

(1) L. 3. *d. tit.* 11. *P.* 6.
(2) L. 34. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.*

E aun *cum seq.*

tractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hereditatem commodo legatariorum, *l.* 56. §. 1. *eod.*

3 *In tantum decreverint*) *d. l.* 30. *d. l.* 73. Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quam quæ legatæ sunt inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa heredis, id non heredi, sed legatariis nocet, ut vidimus *sup.* §. 16. *de legat.*

4 *Cum herede in portione pacisci*) Ne destituto testamento, legata corruerent, solebant legatarii cum herede pacisci, se partem legatorum remissuros.

5 „In Hispania nihil legata„ris oberit, quod heres non adeat „hereditatem: quandoquidem eo „non adeunte non ideo minus le„gata sustinentur ex *l.* 1. *tit.* 18. *l.* „10. *Nov. Rec.* Unde pactiones & „stipulationes, de quibus Justi„nianus in *calce huj.* §. prorsus „inutiles apud nos.

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3 *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadrigentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadrigentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quod si trescentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet* (1).

COMMENTARIUS.

1 Antequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quod in patrimonio defuncti sit habendum; ex eo enim quartam heres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam: sive: *Quod quisque in bonis habet*, *l.* 14. §. *ult.* *l.* 16. *ad SC. Trebell.* Bona cujusque intelliguntur: *Quæ deducto ære alieno supersunt*, *l.* 39. §. 1. *de verb. sign.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur habuit, sed id solum, quod hereditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt, æs alienum here-

(1) *L.* 2. *d. tit.* 11. *P.* 6.

ditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti *hoc loco* docetur. Cætera quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad heredes certo mansuræ transeant (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l.* 32. *hoc tit.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ: exempla in *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 38. *eod.*), & ex iis heres aliquid commodi percipere potuerit: non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hereditatem auget, *l.* 22. §. *pen.* & *ult. hoc tit.* neque debitum naturale nondum solutum, *l.* 1. §. 17. *eod.*

2 *Æs alienum*) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est: *Id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit*, *l.* 54. *hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hereditatem nata est; tanquam contractum ab hereditate, *l.* 39. *eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam heres quod sibi a defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum aditione hereditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l.* 75. *l.* 95. §. 2. *de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l.* 6. C. *hoc tit.* (1); idque ob hanc proculdubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius a Justiniano tributum heredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hereditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult.* §. 9. C. *de jur. delib.*

3 *Impensa funeris*) (2). Ea est: *Quæ fit causa funeris*, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l.* 14. §. 3. *de rel.* & *sumpt. fun.* *l.* 1. *in fin.* cum *seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. pen. de rel.* & *sumpt. fun.*

4 *Pretia servorum manumissorum*) Nec tantum eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verum etiam, quos heres, cum alieni essent, redimere, & manumittere rogatus est, *l.* 37. §. 1. *hoc tit.* (3). Aliarum quoque impensarum, quæ modo hereditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus *l. ult.* §. 9. C. *de*

(1) D. *l.* 2. *tit.* 11. *P.* 6.
(2) D. *l.* 2. *tit.* 11. *P.* 6.
(3) D. *l.* 2. *tit.* 11. *P.* 6.

jur. delib. (1). Quæ sequuntur, Interpretem non desiderant.

5 Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamento militis, *l.* 7. *C. hoc tit. l.* 12. *C. de test. milit.* (2). Item in dote mulieri relegata, propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l.* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen repræsentationis legi patuisse locum non dubito, arg. *l.* 2. *in pr. de dot. prel.* 1. §. 10. *hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l.* 33. *eod. l.* 8. §. 9. *de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, per *auth.* Similiter C. *hoc tit.* quanquam in *novell.* 131. *cap.* 11. unde *dict. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute: si testator rem legatam vetuerit alienari, *nov.* 119. *cap.* 11. unde *auth.* Sed & ea C. *hoc tit.* (3): & in universum si prohibuerit expresse, heredem Falcidia uti, *novell.* 1. *cap.* 2. *aut.* Sed cum testator C. *hoc tit.* (4): item si heres inventarium facere neglexerit, *l. ult.* C. *de jur. delib.* (5). Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l.* 59. *pr.* & §. 1. *hoc tit.* sed quarta, quam non retinet, ad fiscum pertinet ex rescripto D. Pii (6). Postremo qui sciens, aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine conditionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.*

6 „In Hispania ex legatis „ad piam causam non detrahitur „Falcidia, *l.* 4. *tit.* 11. *Part.* 6. „Neque heredi, qui per errorem „facti aliqua legata ex integro „solvit, licet ex cæteris nondum „solutis Falcidiam detrahere: ni„si postea emerserit magnum æs „alienum, cui solvendo testato„rem fuisse obnoxium, ignoras„set heres, *l.* 6. *eod. in fin.* Et „obiter monendi sumus, quod si „defunctus reliquerit liberos, non „quarta duntaxat bonorum pars, „sed bona omnia, quinto exce„pto, apud eos sunt necessario „mansura. Sin autem non extan„tibus defuncti liberis, ei paren„tes supervixerint, tota heredi„tas ad hos pertinebit, si ter„tium excipias.

(1) *D. l.* 2.
(2) *L.* 4. *tit.* 11. *P.* 6.
(3) *L.* 6. *tit.* 11. *P.* 6.
(4) *D. l.* 6.
(5) *L.* 10. *tit.* 6. *P.* 6. *l.* 7. *d. tit.* 11. *P.* 6.
(6) *L.* 5. *d. tit.* 11. *P.* 6.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS,

Dig. Lib. 36. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 42. & 49. *Novell.* 39. & 108. (1).

1 *Supra titulo de legatis* §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum est partitionis ante positæ membrum. Fideicommissum est, auctore Ulpian. in *fragm. tit.* 25. *Quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte illud definiveris: *Id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

COMMENTARIUS.

1 Fideicommissum aut universale est; aut particulare seu potius singulare. Universale: *Quod hereditatem vel totam vel partem ejus continet.* Particulare: *Quo non hereditas aut pars hereditatis, sed res singulæ relinquuntur*; quod proinde rectius dixeris singulare aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agetur proxime: de universalibus sive fideicommissariis hereditatibus *hoc præsenti titulo.*

2 *Prius est*) Quemadmodum prius egit de heredibus instituendis & deferenda testamento hereditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponans acquisitioni rerum singularum; ita etiam *hic* prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hereditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis.

(1) L. 14. *tit.* 5. *P.* 6. *l.* 8. *tit.* 11. *eod.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

1 *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea D. Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

COMMENTARIUS.

1 *Primis temporibus infirma*) Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio a fide, religione ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet a liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necesitate obligationis, *l.* 1. & 2. *de prec.* ita nec ex precibus testatoris quenquam invitum obstringi debere existimabant, non magis, quam ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est, quod rogatus, non inducit obligationem, *l.* 13. *C. de contr. empt.*

2 *Qui capere ex testamento poterant*) Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usum codicillorum invexit, *infr. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus, cum scilicet heres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret, quod fideicommissum tacitum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. domestica scilicet cautione vel chirographo promissum, extra testamentum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.*

3 Incapacium autem olim duo fuere genera; unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item dedititii & Latini Juniani, omnesque, qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione, aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere, quales ex lege Voconia

virgines, mulieres; ex lege Julia de maritandis ordinibus cælibes, orbi. Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *libro* 1. *in Verrem* qui de prætura urbana dicitur. Alterius generis duo apud eundem *libro* 2. *de finibus capite* 17. unum relictum a testatore filiæ suæ; aliud uxori.

4 Ostendunt hæc exempla, lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse, non uxorem a marito, non filiam a patre. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cicero *d. loc.* & in *orat. pro Cornelio Bald.* Livius *lib.* 41. (in epitome Flori mendose legitur *Volumnius pro Voconius*) Quintilianus *declam.* 264. Dio *lib.* 56. *pag.* 662. Gell. *lib.* 17. *capite* 6. & *lib.* 20. *cap.* 1. Augustin. *lib.* 3. *de Civ. Dei cap.* 21. Utrum autem simpliciter & a tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est.

5 Ex libris nostris manifestum est, legem Voconiam postea plane in desuetudinem abiisse, & jam tum sua ætate obliteratam fuisse, testatur Gellius *lib.* 20. *cap.* 1. Eo vero jure, quod post secutum est, nec licitum heredi fuisse videtur, hereditatem incapaci restituere, argumento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si heres hujusmodi fideicommisso tacite fidem suam accommodasset, hereditas ei auferretur, & vindicaretur fisco, *l.* 1. *l.* 3. *de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex *l.* 7. *de legat.* 3.

6 *Gratia - personarum motus*) Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege; sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ *hic* memorantur, Consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, Consulibus cognitionem de fideicommissis singulis annis, aut in singulis negotiis mandavit. ait, *gratia personarum.* Ipse Augustus relictum a se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *infr. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari eruditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

7 *Per ipsius salutem*) Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis, etiam sanctis viris usurpatum, ut Genes. *cap.* 42. 15. per salutem Pharaonis.

8 Postea paulatim jus de fideicommissis cognoscendi in assiduam jurisdictionem conversum est. Itaque jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis, aut quotannis Magistratibus mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quanquam extra ordinem, ut scilicet ipsi

Magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulpian. *tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus *sup.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l.* 1. C. *comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l.* 2. C. *eod* Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum duntaxat, sicut & universa exæquatio, pertinet. Postea Prætor proprius creatus, qui de fideicommissis jus diceret, ut habetur *hoc text.*

TEXTUS.

De fideicommisso heredis scripti.

2 *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit:* Lucius Titius heres esto, *potest adjicere:* Rogo te, Luci Titi, ut cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque, & de parte restituenda heredem rogare. Et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

COMMENTARIUS.

1 *Recto jure testamento heres instituatur*) Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod *hic* traditur, ut testator directo aliquem testamento heredem instituat, eumque roget, ut hereditatem alii restituat: quippe cum sine institutione heredis testamentum consistere non possit, §. 34. *supr. de legat.* Utrum autem heres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *infr. de cod.* *l.* 8. *eod.*

2 *Vel ex certo die*) Fideicommissum relinqui potest ut ex certo die præstetur: quia ex eo non sequitur testatorem decedere pro parte intestatum, cum qui restituit, semper heres maneat, §. *seq* Animadvertere autem oportet eum qui restituit appellari *fiduciarium*, illum vero cui restituitur *fideicommissarium*.

3 „In Hispania meminisse „oportet ejus, quod sæpe diximus, testamentum sine heredis „institutione posse consistere, & „permissum cuicunque partim testato, & partim intestato decedere. Unde locum non habent, quæ ex contrariis Romanorum juris principiis manant. „Quinimo si heres institutus hereditatem adire recusaverit, ea „fideicommissario defertur, *l.* 1. *tit.* 18. *l.* 10. *Nov. Recop.*

TEXTUS.

Effectus restitutionis hereditatis.

3 *Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet: is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

1 Regula est juris antiqui: *Qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, l.* 88. *in fin. de her. inst. l.* 7. §. 10. *in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, obligationem & actionem a persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius Deo volente, præcipiemus inf. sub §. 1. *de action.*

2 *Aliquando heredis, aliquando legatarii loco*) Loco heredis habebatur fideicommissarius, si restituta esset hereditas ex senatusconsulto Trebelliano: loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus ostendit *tit.* 25. §. 12.

3 , IN HISPANIA fideicommissa-
, rius semper habetur loco heredis
, pro parte hereditatis quam capit,
, cum pro rata ejus onera heredita-
, ria sustineat, *l.* 8. *tit.* 11. P. 6.
, *in fin.*

TEXTUS.

De senatusc. Trebelliano.

4 *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili heredi & in heredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum Prætor utiles actiones ei, & in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi, & in heredem dare cœpit.*

COMMENTARIUS.

1 *Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.*) Hoc idem testatur & Ulpian. *l.* 1. *ad SC. Trebell.* Cæterum hi Consules non reperiuntur in *Fastis* seu *indice Consulum*: quare credendum est, eos non fuisse ordinarius sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. refert, anni Consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat *hic locus*: cui similis est in §. *seq.* nam neque Pegasi & Pusionis meminerunt *Fasti*: & in *l.* 26. §. 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in *catalogo Consulum* non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat.

2 *Si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit*) Cum heredes, qui rogati erant hereditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hereditatem adire plerumque recusarent; & non adita hereditate fideicommissum intercideret : cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam ; senatusconsulto Trebelliano dubitatio heredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in heredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hereditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. & 3. *ad SC. Trebell.*

3 *Prætor utiles actiones*) Licet senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per senatusconsultum heres effici possit, ut efficitur senatusconsultis Tertylliano & Orficiano ; eum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, senatus heredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem heres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere heredem esse : quæ eadem porro ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel heredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque a persona ejus possint separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud heredem manere, & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommisarium dari, Prætor ex auctoritate senatûs utiles ei & in eum, tanquam heredi & in heredem, actiones dedit, ut *hic* scriptum est : convenit *l.* 18. § *ult. ad leg. Falc.* & *l. pen. in fin C. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hereditariis, quod actio es eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis, quæ succedit, ejusdem cum vetere potestatis est, eundemque effectum habet, *l.* 47. §. 1. *de neg. gest.* In summa senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ heredi & in heredem jure civili competunt, post restitutionem hereditatis in persona heredis inutiles sint, utque agens exceptione repelli, ita conventus alios repellere possit : centra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter, & conveniatur.

TEXTUS.

De sénatusc. Pegasiano.

5 *Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem, aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fi-*

deicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod SC. ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommiso recipiebat partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, & heredem, id est, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

COMMENTARIUS.

1 Tametsi senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hereditaria in eum, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas, transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum heredem ad adeundam hereditatem. Quamvis enim nullum damnum post hoc senatusconsultum heredi adeunti & restituenti immineret, tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque heredes scripti adire hereditatem alieni emolumenti causa, unde ipsi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant, atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hereditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est senatusconsulto Pegasiano, cautumque, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur.

2 *Perinde &c. atque ex lege Falcidia*) Quod lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet senatusconsultum Pegasianum in restituenda hereditate. Quin potius hoc senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hereditatis. Justinianus in *orat.* ad *Senat.* Pegasianum factum esse ait, ad Falcidiæ imitationem. Atque hinc est, quod veteres etiam quartam hujus senatusconsulti, quam nunc vulgo *Trebellianicam* vocant (1), non quartam Pegasiani, sed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre est in *l.* 30. §. 7. *ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l.* 22. §. 2. *hoc tit. ad SC. Trebell. & plurimus aliis locis.*

3 Est tamen adhuc aliquod discrimen circa res, quas in hasce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantum imputantur, quæ jure hereditario heres capit (2): in quadrantem vero Pegasianum etiam ea, quæ heres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, *l.* 74. *l.* 91. *ad leg. Falcid.* (3). Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut

(1) *L.* 8. *tit.* 11. *P.* 6.
(2) *Arg. l.* 1. *eod.*
(3) *D. l.* 8. *eod. vers.* Pero.

proinde apud heredem quarta pars non quarumlibet rerum: sed hereditatis manere debeat; non prohibet autem senatus ultra dodrantem heredis fideicommitti: tum etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius opinioni ejus non respondere calculum facultatum: at senatusconsultum manifeste testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est, ut restituta hereditate, apud heredem nihil præter nudum nomen heredis remaneat. Plane nec pars ea prælegati, quæ a coherede accipitur, heredi fiduciario in quartam imputatur, *l.* 86. *d. l.* 91. *ad leg. Falcid.* Vide si placet Donell. 7. *comm.* 30. & 8. *cap.* 26. Ant. Fab. 6. *conj.* 3. 4. & 5. Cujac. 8. *observ.* 4. Fachin. 5. *contr.* 15. & 16. qui & alios citat.

4 *Ex singulis quoque rebus*) His verbis hoc solum significari existimo, ut si heres & hereditatem partemve hereditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantum quartam deducere possit ex fideicommisso hereditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset *l.* 3. §. 2. *hoc tit. ad SC. Trebell.*

5 *Ipse heres onera sustinebat*) Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat; onera vero nulla transferebat, quasi sufficere heredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent.

6 *Partitio vocabatur*) Is, cui pars bonorum legata erat, *legatarius partiarius* dicebatur, atque hæc legati species *partitio*, *Ulpian. tit.* 24. §. 25. & *tit.* 25. §. 15. Meminit & Cicer. 2. *de legib.* Rationem appellationis hanc esse, ait Justinianus, quoniam cum herede legatarius partiebatur hereditatem, id est, res hereditarias seu universa bona. Sed quia juris successor non erat, nullæ actiones in eum transferebantur. Huic similis erat is cui ex senat. Pegasiano restituebatur hereditas. Unde inter eum & fiduciarium heredem interponi solebant stipulationes, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset: de quibus in *calce hujus textus.*

TEXTUS.

Quibus casibus locus est senatus. Trebell. vel Pegas.

6 *Ergo, siquidem non plus, quam dodrantem hereditatis, scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, & in utrumque actiones hereditariæ pro parte rata dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero, qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus,*

quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto: & heres, qui semel adierat hereditatem (si modo sua voluntate adierat), sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: si vero totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam; cavebatur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu Prætoris adiret, & restitueret hereditatem, perindeque ei & in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus; quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hereditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem; utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

COMMENTARIUS.

1 *Non plus quam dodrantem*) Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere; quorum uno cavebatur de herede rogato totam hereditatem aut plus quam dodrantem restituere: altero, de eo herede fiduciario, qui adire hereditatem recusabat. Nihil autem hoc senatusconsulto cautum de herede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hereditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum, Ulp. *tit.* 25. §. *is qui* 14. in aliis vero ex Pegasiano.

2 *Si modo sua voluntate &c. ipse universa onera sustinebat.*) Ait, heredem rogatum totam hereditatem aut super dodrantem restituere, si modo sua sponte hereditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset, id est, sine deductione quartæ, universa onera hereditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hereditatem, post senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas.

3 *Emptæ & venditæ hereditatis*) Cum tota hereditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur: quarum ope omnia onera & commoda hereditaria ad fideicommissarium pertinebant: cum sine illis penes fiduciarium manerent.

4 *Si recusabat heres scriptus*) Alterum hoc principale caput senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si heres recusaret adire hereditatem, jussu Prætoris adire & restituere cogeretur, *l.* 4. *l.* 6. §. 2. & passim *hoc tit.* ut contumacia here-

dis pro aditione haberetur: & hoc casu omnes actiones in fideicommissarium transferebantur. Itaque ut dicitur in *calce hujus* §. tunc utrumque senatusconsultum concurrebat. Nam quod heres invitus cogebatur adire a Prætore, id erat ex senatusconsulto Pegasiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hereditatem, ex Trebelliano.

5 „ In Hispania, si heres fi„duciarius adire recusaverit, vel „hereditatem repudiaverit, pote„stas eam ex integro capiendi fi„deicommissario conceditur: uti „& legatariis secundi gradus, si, „qui primo loco vocati erant, le„gatum non agnoverint, *l.* 1. „*tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Roc.* Ex „quo recte colligunt Pichar. in *hoc* „*text. num.* 9. & Gregor. Lop. „in *gloss.* 12. *in fin. l. ult. tit.* 5. „P. 6. cessare hodie apud nos „necessitatem coactionis, qua fi„duciarius postulante fideicom„missario compellebatur adire & „restituere ex jure Romanorum, „tanquam ineptos circuitus.

TEXTUS.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. *Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes, & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur: sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto: pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones: & hoc transposuimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.*

COMMENTARIUS.

1 Transfunditur hoc loco vis omnis senatusconsulti Pe-

gasiani in Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hereditas. Itaque heres nunc quasi ex hoc senatus consulto quartam vel quod quartæ deest retinere potest: ex eodem actiones pro rata communicantur: si heres adire & restituere nolit, ex hoc senatusconsulto cogitur: restituta tota hereditate, sive sponte sive jussu Prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt, nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

2 *Vel quartam, vel quod deest*) Hinc Interpretes quartam hanc dixere *Trebellianicam*. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ, appellatur, ut ostendi *supr.* §. 5. nimirum quia senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione *quartæ Falcidiæ* etiam proprie hanc quartam contineri: & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam, quam heres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommiso hereditatis, quicquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere; veluti quod Justinianus constituit, ut heres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expresse vetuerit heredem ea uti, *nov.* 1. *cap.* 2. Omnino enim verisimile est, Justiniano perpetuum omnium Auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent Interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero Doctorum placeat. Vide Mant. 7. *de conj. ult. vol.* 11. & 12. Fachin. 5. *contra* 4. Gom. *var. res.* 5. *n.* 11. & 12. ubi probat detractionem quartæ senatusconsulti expresse prohiberi posse: ob inventarium vero non confectum, heredem non amittere quartam senatusconsulti.

3 Quamvis autem heres fiduciarius pro parte onus æris alieni subeat; onera tamen legatorum ab solum fideicommissarium spectare, communiter placuit. Quæ sententia, etsi Donello in *l.* 2. *hoc tit.* falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l.* 3. §. 2. *eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum heres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset heres quartam integram. Plane, si antequam restitutio facta est, legatarii petant, puto heredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, arg. *l.* 27. §. 7. *in fin. eod.* Quod si heres minus dodrante restituere rogatus est, pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum & fideicommissorum spe-

cialium onera ad eum pertinere certum est, *l.* 1. §. *pen. eod.* Ad quem casum plerique cum Gloss. etiam referunt *d. l.* 2.

4 „In Hispania neque ne„cesse est, ut heres institutus co„gatur, neque ut stipulationes „inter ipsum & fideicommissarium „intercedant, per ea quæ nota„vimus in §§ 2. & 6. *hoc tit.* §. 2. „*de leg. Falc.*

TEXTUS.

Quando supradicta locum habeant.

8 *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur: an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

1 Sententia *hujus loci* satis plana est: nempe etiam institutum in aliqua parte hereditatis, quartam suæ partis retinere posse. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula: *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in parte quantum ad partem, l. 76. de rei vind.* §. *si rem* 12. *in fin. sup. de legat.* Simile est quod *sup.* §. 1. *de leg. Falc.* docuit, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ poni.

TEXTUS.

De eo, quod heres voluntate testatoris deducit præcipitve.

9 *Si quis una aliqua re deducta sive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re), rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebeliano senatusconsulto fiet, perinde ac si quarta parte retenta. rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones trunsferuntur: & res quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero vero casu, id est, cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium: pro quadrante remanent apud heredem* (1). *Quin etiam licet una re aliqua deducta aut præcepta, restituere aliquis hereditatem rogatus sit, in qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones: & secum deliberare debet is, cui restituitur he-*

(1) *L.* 8. & *fin. tit.* 11. *P.* 6. *in fine.*

reditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed & si certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui exasse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

COMMENTARIUS.

1 Mæcianus breviter & dilucide rem totam *hujus text.* proponit in *l.* 30. §. 3. *hoc tit. Multum interest*, inquit *utrum qua pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Ratio in *nostro text.* est: quia hoc casu res retenta quasi ex legato acquiritur heredi fiduciario: ut in simili institutus in re certa: dato coherede, loco legatarii habetur, ut diximus *sup.* §. 5. *de hered. inst.* Huc pertinet *l.* 1. §. *ult. eod.* Quod si heres coactus a Prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l.* 27. §. 14. *eod.*

2 *Quæ quartam continet*) Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum heres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hereditario retinere: Gloss. & DD. *hic*, arg. §. 7. *hoc tit. l.* 1. §. 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut heres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium, censet Glossa in *d. l.* 1. §. *ult.*

3 *Si duabus pluribusve*) *l.* 27. §. 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo nec pretium rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit.

TEXTUS.

De fideicommisso heredis ab intestato.

10 *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti, fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat* (1): *cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

COMMENTARIUS.

1 Fideicommissum tam hereditatis, quam singulare, non solum testamento, verum etiam codicilis relinqui potest (2). Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hereditatis velit, didicimus §. 2. *supr. hoc tit.* nimirum ut directo testamento here-

(1) *L.* 3. *d. tit.* 9. *P.* 6.

(2) *D. l.* 3. *in princ.*

dem instituat, atque ab eo relinquat Codicilis potest quidem & ab herede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in pr. eod.* Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit sive honorarius succesor, *d. l.* 3. *pr. d. l.* 8. §. 1. Unde quanvis de instituto tantum herede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* tamen ad legitimum quoque, & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *d. l.* 1. §§. 5. *&* 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

2 *Intestatus moriturus*) Dubitari potuit, an a successore legitimo aut honorario fideicommissum recte relinquatur: sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil a defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *C. de fideic.* Legitimi autem heredes aut honorarii nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex XII. Tab. ad hereditatem vocat, hos Prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hereditatis legitimi heredes a lege, honorarii a Prætore vocentur, tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset, aliis heredibus institutis (salva utique portione liberis & parentibus debita), hereditatem ipsis tacite relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Ulpian. significat in *l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. cum ait: *Fideicommitti eorum posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. codic. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfam., sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere heredis ab in intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in pr. de jur. cod.* Estque hoc juris explorati, eos qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* (1).

3 *Legata nisi ex textamento*) Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de leg.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoque ab intestato relicta directo valere (2), contra Jo. Fabrum, Angel. & Giphan. Vide quæ diximus in §. 3. *de legat.*

TEXTUS.

De fideicommisso relicto a fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.* (3).

(1) *L.* 1. *tit.* 12. *P.* 6.
(2) *D. l.* 3. *tit.* 9. *P.* 6.

(3) *D. l.* 3. *vers.* E aun.

COMMENTARIUS.

1 Non modo heres de restituenda hereditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet, actiones ex senatusconsulto transferri in fideicommissarium secundum, *l.* 1. §. 8. *hoc tit.* posse & cogi primum fideicomissarium, qui totam hereditatem, cum suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l.* 55. §. 2. *eod.* Solus autem heres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *l.* 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* Etenim cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *l.* 78. §. 11. *hoc tit.* similiter ut legatarii, a quibus fideicommissum relictum est, *l.* 32. §. 4. *ad leg. Falc.* Plane si heres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *l.* 1. §. 19. *hoc tit.*

TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, & tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commissit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater heredis, sive alius quicumque sit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit vel recusantem ad fideicommissi, vel universalis vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa* (1). *Eadem observari censuimus, & si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur (postquam negaverit), confiteatur quidem aliquid a se relictum es-*

(1) *L.* 25. *tit.* 11. *P.* 3. *vers.* Mas si.

se, sed ad legis subtilitatem recurrat omnino solvere cogendus est.

COMMENTARIUS

1 Audivimus *supra* fideicommissorum originem nomen & substantiam a fide heredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide heredum ab initio pendebant ita & sola religione heredum, quorum præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc a Justiniano *l. ult. C. de fideic.*

2 *Neque ex escriptura, neque ex quinque testium numero*) Quando testator, contempta omni alia probatione scripturæ vel testium, fidei solius heredis committit, ut aliquid præstet, placet Justiniano, fideicommissum ab herede præstandum, idque, sive neget heres fideicommissum a se relictum esse, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset: sive ultro fateatur esse a se relictum, sed dicat se non teneri, quia non solemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis *constitutionis* expressum est; alterum ex priore colligitur. ¿Cur enim heres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, *l.* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur, ideo *constitutionem suam* adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse ab herede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi heres jurejurando sibi delato, in sua causa constituitur testis & Judex, ut sit in ejus potestate non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* respondet, id justum esse, cum res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso herede, eodemque debitore exigitur.

3 *Cum prius ipse de calumnia juraverit*) Id est, se non calumniandi seu vexandi, heredemque religione urendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit, *l.* 34. §. 4. *de jurejur.*

4 *Vel jusjurandam subire*) Conditione jurisjurandi in judicio delata, regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l.* 9. *C. de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l.* 38. *de jurejur.* At in proposito ne referre quidem heres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque sci-

re potest, sed quod solus heres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l.* 11. §. 2. *rer. amot.*

5 *Postquam negaverit*) Hæc verba neque in *ipsa constitutione* Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomano, Contio, Fabroto, desunt in *veteribus codicibus*, neque Theophilus ea agnoscit: & Jo. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, a quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione heres in specie proposita fideicommisso obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset; sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit.

TITULUS VIGESIMUSCUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS (1).

1 Hactenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hereditas aut pars hereditatis relinquitur; quæ a legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat.* & *l.* 2. *C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d.* §. 3.

TEXTUS.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem, & pecuniam numeratam: & vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium (2), *quamvis a legatario legari non possit.*

COMMENTARIUS.

1 Hodie differentia de qua in *hoc text.* sublata quoque est per *l.* 2. *C. comm. de legat.* & a legatario legari potest. Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, a legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicom-

(1) *Tit.* 9. *P.* 6.

(2) *L.* 3. *de tit.* 9. *P.* 6.

missa, ex *constitutione sua* emendationem recipere voluit; quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1 *Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius, & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur* (1). *Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere* (2).

COMMENTARIUS.

1 *Etiam de alia, sive ipsius*) Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi (3): nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, arg. §. 10. *supr. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum. Et generaliter ea quæ diximus de rebus quæ legari possunt in §. 4. *de legat.* obtinent etiam in fideicommissis.

2 *Ne plus rogetur quisquam restituere*) (4). Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quenquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. 17. *ad SC. Trebell. l.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones; quæ tamen non tam exceptiones sunt, quam declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore, usuræ perceptæ eam excedunt, *l.* 70. §. 1. *de legat.* 2. Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is, agnito legato, fideicommiso obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l.* 70. §. 1.

(1) *D. l.* 3. *l.* 6. *in fin tit.* 9. *P.* 6.
(2) *L.* 10. *d. tit.* 9. *P.* 6.
(3) *D. l.* 6. *tit.* 9. *P.* 6.
(4) *Dd. ll.* 3. & 6. *in fine.*

in fin. (1). Item hoc, quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, et centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *l.* 94. §. 2. *de legat.* 1.

servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit: qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat; sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

TEXTUS.

De libertate.

1 *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas* (2). *Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris*

COMMENTARIUS.

1 Etiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius quam directo, cum non tantum propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio in *l.* 16. *de fideic. libert.*

2 *Aut legatarii*) Si legatarius rogetur ut servum suum manumittat, quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortase minus sit in eo, quod accepit, quam in pretio servi, *l.* 24 §. 12. *de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l.* 36. *ad leg. Falc.* (3).

3 *Aut etiam extranei*) *l.* 6. C. *de fideic. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manu-

(1) D. *l.* 6. *vers.* E aun.

(2) D. *l.* 6. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* E aun *cum* 2 *seqq.*

(3) *D. l.* 6. *vers.* E aun.

mittere rogatus, non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l.* 24. § 12. (1).

4 *Non statim extinguitur libertas*) Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur: sed expectanda est emendi opportunitas, *d. l. 6. C. de fideic. libert.* (2); equidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu §. *præced. in fin.*

5 *Ejus qui manumittit*) Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, a quo manumissus est, *l.* 7. C. *de fideic. libert.* Cæterum hic manumisser jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, *l.* 29. *de bon. libert.*

6 *Ipsius testatoris*) Directa libertas ipso jure statim ab adita hereditate competit, *l.* 25. *ff. de man. test. l.* 32. §. *ult. de test. tut.* Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut *hic* ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, aut ejus, *qui ad Orcum demissus est*: *Archeronticus* a Cujacio: eodem forma, qua *Orcini Senatores*, quorum in *Augusto cap.* 35. meminit Suetonius. Orcinorum libertorum crebra in *libris nostris* mentio est. Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitente herede vel legatario rogato manumittere, ad libertatem perducuntur: quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l.* 30. §. 12. *l.* 49. *de fidei. libert. l.* 5. *qui sine man.* Igitur Orcini cum eum patronum habeant qui esse desiit, non male dicuntur liberti nullius esse *l.* 4. *in pr. de bon. libert.* Legimus tamen Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut.* libertos familiæ fieri: *l.* 48. *de manum test.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un.* §. 7. *C. de Latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto habuisse. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, qua directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *l.* 2. *C. comm. de leg.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui a testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes Interpretes paucis exceptis.

TEXTUS.

De verbis fideicommissorum.

3 *Verba autem fideicommis-*

(1) *D. l. 6. vers.* Pero.

(2) *D. l. 6. tit. 9. P. 6. vers.* Esi.

sorum hæc maxime in usu habentur : Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo : *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent* (1).

COMMENTARIUS.

1 De verbis fideicommissi nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit *l.* 2. *comm. de leg.* Sæpe etiam, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola expectantur, exempla in *l.* 17. *in pr. l.* 29. *ad SC. Trebel. l.* 64. *l.* 69. *de legat.* 2. *l.* 11. §. 4. *l. ult.* §. 3. *de legat.* 3. Consulantur Mant. *lib.* 7. & 8. *de conj. ult. vol.* D. Tuld. *comm. in tit. præc. cap.* 3.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. *Tit.* 7. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 36. (2).

1 Videri alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento; quippe cum, si codicilli tantum facti sint, succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum *hic* maxime fuit agere de codicillis a testato factis, qui pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quandam testamenti exhibent, *l.* 16. *hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices (3), id est, tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *satyr.* 10. *v.* 236.

....Nam codice sævo.
Heredes vetat esse suos: bona tota feruntur.
Ad Phialen.

quia testamentum in codicibus tantum scribebatur, sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *l.* 38. *de cond. & dem. l.* 14. C. *de testam.* quamvis aliud placuerit Cajo in *l.* 148. *de verb. sign.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est,

(1) *L.* 2. *tit.* 12. *P.* 6. *vers.* Otrosí *cum seqq.*

(2) *Tit.* 12. *P.* 6.

(3) *L.* 1. *d. tit.* 12. *P.* 6.

tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus deminutivum, a codice: quanquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l.* 13. C. *de sacrosanct. Eccles. l. ult.* § *ult.* C. *de codic.* quemadmodum heredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *l.* 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur *sunt: Supremæ voluntatis testatio minus solemnis, non in hoc comparata, ut testamentum sit, l.* 1. *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* Eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera: scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur (1).

TEXTUS.

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabat: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

COMMENTARIUS.

1 *Lentulus, ex cujus persona etiam fideicom.*) Quod ait, a persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei heredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque heredes obligari: tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint.

2 *Testamento confirmatos*) Testamento scilicet, quod antea Ro-

(1) *D. l.* 1 *vers.* E puede ser

mæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset, se ab heredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, est apud Marcel. *l. ult. de fideic. libert.*

3 *Quibus ab Augusto*) Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli heredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii principem ex portione aliqua heredem scriberent.

4 *Et filia Lentuli legata, quæ ure non debebat*) Non quia *rejicta incapacibus*, sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem juris non habebant. Et præcedentia arguunt, legata *hic* positum pro *fideicommissa*.

5 *Convocasse sapientes viros*) Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit: sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, censerentne illo, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti; tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur; ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi; exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum, ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud Ulpiani: *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, l. 2. de const. Princ.*

6 *Ubi si quis testamentum facere non posset.*) Propter civium Romanorum, qui ad testamentum necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconsultus in *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. in *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* Cæterum & illud palam est, eum, qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *d. l.* 8. §. 2. *hoc tit.* (1).

7 *Cum & Labeo*) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & a Trebatio institutus est, auctore Pomp. in *l.* 2. §. 47. *de orig. jur.*

TEXTUS.

Causa efficiens.

1 *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest* (2). *Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testa-*

(1) *D. l.* 1. *tit.* 12. *P.* 6. *vers.* E puede lo.

(2) *L.* 3. *tit.* 9. *P.* 6.

mentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

COMMENTARIUS.

1 Codicilli & ab intestato confici possunt, & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicunque intestati successor erit, sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus codicillis relicta præstabit, *l.* 3. *l.* 8. *in pr.* & §. 1. *l. ab intestato* 16. *hoc tit.* (1). Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit, ut testamentum esset: quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum, ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. *hic cap.* 2. Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria nihil a legitimo peti poterit, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *hoc tit. l. propen. qui testam. fac. poss.* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur: aut valere quacunque ratione poterit, sive ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui testam. fac. l. ult.* §. 1. *hoc tit.* de cujus clausulæ vi ac potestate; & an clausula codicillaris a testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat; denique an præsumendum sit, ex stilo & consuetudine Notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris, vide Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. & 19. Ant. Fab. C. *suo, hoc tit.* fere *per tot.*

2 Testamento autem condito codicilli, quocunque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *l.* 3. §. *ult. d. l.* 16. *hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.* 1. C. *eod. d. l.* 3. §. *ult.*

3 *Ante testamentum*) Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l.* 7. & *l. seq.* §. *ult. l.* 18. *hoc. tit. l.* 6. *l. ult.* C. *eod.* Sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex *l.* 3. §. *ult. hoc tit.*

(1) *D. l.* 3.

4 *Quam si speciali postea voluntate*) Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicilli confirmarentur, aut prior voluntas quocunque juditio retineretur, *l.* 5. *hoc tit.* motus, ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos a se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens a causa intestati ad causam testati: quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi heredem ab intestato.

5 *Divi Severus & Antoninus rescripserunt*) Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat heredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret, atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

6 *Si appareat eum &c. non recessisse*) Hoc omnino sic accipiendum est cum D. Tuld. *cap. ult. hic.*, ac si scriptum esset: *Nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessise ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem, codicillis declaratam quocunque judicio retentam probari, ut bene disputat Anton. Faber. 15. *conj.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *l.* 30. *de jur. dot.* *l.* 24. §. 8. *de fideicom. libert.* *l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æque accurate Auctores juris loquuntur.

TEXTUS.

Materia.

2 *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Ut cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel a testato licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommisso-

(1) *L.* 2. *d. tit.* 12. *P.* 6.

rum, hereditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l.* 10. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. l.* 76. *ad. SC. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis heredem facere possit, *l.* 36. *de test. mil.* Datur enim hereditas per institutionem heredis aut substitutionem directam; quod solius testamenti proprium est. Non obstant species propositæ in *l.* 77. *de her. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hereditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur aut purificatur. Hoc autem posito, hereditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt heredes, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. hoc tit. l.* 4. *C. de his quib. ut indig.* & ideo liberi codicillis frustra exheredantur, fac. *l.* 14. *C. de test.*

2 *Ne confundatur jus testamentorum*) Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l.* 10. *hoc tit.* Nimirum si hereditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum, & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. ¿Cur ergo hæc distinguerentur? ¿Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? Collectio est Constantini in *l.* 7. *C. hoc tit.*

3 *Directo autem hereditas &c. nam per fideicommissum*) Quod toties traditum est, *hereditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut directo non possit dari, puta herede codicillis instituto aut substituto, *D. l.* 7. *C. hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hereditas jure relinquitur, *l.* 2. *C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hereditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc heres maneat, manet tamen nomine tantum, effectu autem is heres fit, cui hereditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus, codicillis directo hereditatem relinqui posse, an per fideicommissum duntaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto; relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi inminuta detractione quartæ Falcidiæ (1), si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum heres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsul-

(1) *D. l.* 2. *tit.* 12. *P.* 6. *in fin.*

tus in *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* hereditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hereditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hereditatem codicilis neque dari, neque confirmari posse, *l pen.* §. 1. *C. de sec. serv. her. inst.*

4 *Nec conditionem adjicere*) Heredi pure instituto conditio codicillis adjici non potest, *l.* 6. *in pr. hoc tit.* quia scilicit conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur, *l.* 27. §. *ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu pure hereditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

5 *Neque substituere directo*) Nam qui directo substituit, in defectum prioris heredis alium heredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l.* 1. *de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, *l.* 76. *ad SC. Treb.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus heres rogatus esset scripto in codicillis hereditatem restituere, *l.* 13. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Numerus & solemnitas.

3 *Codicillos autem etiam plures quis facere potest: & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

COMMENTARIUS.

1 Notantur *hic* & aliæ differentiæ inter testamentum & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. *pen. supr. de test. ord.* Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur, necesse est, §. 2. *supr. quib. mod. test. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *l.* 6. §. 1. *hoc tit.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, *l* 3. *C. eod.* (1).

2 *Nullam solemnitatem ordinationis*) Existimo, hoc e veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theo-

(1) *L.* 3. *d. tit.* 12. *P.* 6.

dosium vixit, & forte ex Marciano *d. l. 6.* §. 1. *hoc tit.* Nam Theod. quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat, *l. ult.* §. *ult.* C. *hoc tit.* Quæ sane declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & subtilitate ordinationis.

3 Quæsitum est, ¿an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit? Vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento, ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere, Gloss. & DD. comm. in *d. l. ult.* §. *ult. Cod. hoc tit.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse: & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantum testes codicillarios a testamentariis distinguit (1). Revise ad ea, quæ scripsi ad §. *testes 6. supr. de test. ord.*

4 „In Hispania, si codi„cilli nuncupative fiant, eadem „solemnitas, quæ in testamen„tis nuncupativis, requiritur, ut „expresse sancitum est *l. 2. t. 18.* „*l.* 10. *Nov. Recop.* Si autem in „scriptis condantur, quinque te„stes, qui subscribant, adesse „debent, Greg. Lopez in *l.* 3. „*tit.* 12. *P. 6. gloss.* 2. Gomez „in *l.* 3. *Taur. n.* 69.

FINIS LIBRI SECUNDI

(1) *L.* 2. *cod.*

INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM
LIBER III.

TITULUS PRIMUS.
DE HEREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 55. & 58. *Nov.* 118. (1).

Decursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. adq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hereditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hereditate ex indicio defuncti acquirenda hactenus solum tractavit, cujus semper prior & potior causa est, *l.* 39. *de adq. vel om. her. l.* 89. *de div. reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hereditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hereditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hereditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hereditas dici possit lege obvenire, *l.* 130. *de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod inmediate & proxime deferuntur a lege, & a lege sola absque voluntati defuncti; cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam a testatore confirmet, *d. l.* 130. Hinc etiam heredes legitimi, & testamentarii opponun-

(1) *Tit.* 6. *lib.* 3. *For. Reg. tit.* 13. *P.* 6. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

tur, *tot. tit. de suis & legit. her.* & passim.

2 Quia vero in *prioribus* 13 *hujus libri tit.* vix aliqui traditur quod non sit prorsus absoletum & abolitum, vel in *præcedentib. libris* satis jam opportune expositum: idcirco argumentum uniuscujusque tituli leviter attingemus, omissis testibus, utpote longis, inutilibus & fastidio plenis.

3 Quis dicatur intestatus traditur in *pr. hujus tit.* nempe: *Qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.* Lex XII. Tab. angustissimis terminis successiones intestatorum conclusit, duos tantummodo personarum ordines vocans, suorum scilicet heredum, & agnatorum. Voluit quippe ut intestatorum hereditates penes familiam defuncti manerent. Qui sint sui heredes vidimus in §. 2. *de hered. qual. & dif.* qui vero agnati in §. 1. *de leg. agn. tut.* Postmodum hæ successiones ampliatæ Principum constitutionibus, senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, & a Prætore introductis bonorum possessionibus. Et tandem plenissima succedendi ratio a Justiniano stabilita est in *novell.* 118. quam accurate exponemus *tit.* 5. *hujus lib.* cætera autem antiquiora jure brevi calamo percurremus, quia & abolita, & obscuritatibus, crebrisque mutationibus ita involuta, ut plus confusionis quam utilitatis eas perscrutantibus afferant.

4 „ IN HISPANIA, si heres in„ stitutus non extiterit heres, te„ stamentum deseritur quoad insti„ tutionem duntaxat: cætera fir„ ma manent, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. „ *Nov. Recop.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 58.

Non extantibus suis heredibus, lex XII. Tab. agnatos ad successionem intestatorum vocabat, & quidem proximiores, §. 1. *hoc tit.* Ulp. in *frag. tit.* 26. ibi: *At si intestatus moritur, qui nec suus heres extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Proximus dicitur: *Cui nemo antecedit*, postremus ceu ultimus: *Quem nemo sequitur*, etiamsi solus sit, *l. proximus* 92. *l. proximi* 155. *de verb. sign.* quare qui solus occurrit, proximus est & postremus: ut dixit Ulp. in *l.* 2. §. 4. *de suis & legit. hered.*

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *Tit.* 56. (1).

Primum D. Claudius, deinde senat. Tertyllianum plenius, & tandem Justinianus quibusdam casibus, legitimam liberorum hereditatem matri detulit, §§. 1. 2. & 4. *hoc tit.* ad quam lex XII. Tabul. eam non vocabat: quia nec suus heres, nec agnata est suis liberis.

TITULUS QUARTUS.

DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *Tit.* 57. (2).

Senatusconsultum Orficianum filiis successionem matris intestatæ dedit, *hoc tit.* quam ex lege XII. Tab. non habebant: quia neque sui heredes, neque agnati ei sunt.

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM (3).

Quia lex XII. Tab. ut *sup.* vidimus, duos tantum ordines succedentium ab intestato fecit, suorum scilicet heredum & agnatorum, palam est nulllos cognatos admisisse. Cæterum Prætor æquitate motus sanguinis amorem, quo homines trahimur, considerans, tertium ordinem addidit, & cognatos vo-

(1) *L.* 4. *tit.* 13. *P.* 6. *l.* 1. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

(2) *L.* 3. *tit.* 13. *P.* 6. *d. l.* 1.

(3) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 6.

cavit. Et tandem Justinianus eos plenissime simul cum agnatis vocare voluit, ut mox ostendimus.

Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

1 Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium, ita Justinianus naturæ secutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit, *novell.* 118. quos defunctus quam maxime dilexisse censetur: id quod & aliis gentibus placuisse novimus, Grot. de *J. B. & P. lib.* 2. *cap* 7. §. 3. Cum itaque jam pridem observassent Philosophi, magis adfici causam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, id ei quasi proprium esse: præter causam autem gignentem & genitum, magnum inesse momentum eidem sanguini & eidem radici, Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 8. *cap.* 12. consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET: si quo descenderet non esset, ASCENDERET: si nec ascendere posset, ad LATUS divergeret, *novell.* 118. *præf.*

2 Animadvertendum autem est in initio hujus tractationis, omnem ab intestato successionem aut esse in capita, aut in stirpes. In capita succedi dicitur: *Cum in tot partes hereditas dividitur, quot sunt capita sive personæ quæ succedunt* In stirpes: *Cum pro numero stirpium secatur ut qui sunt ex una stirpe: partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram.* Capita sunt: *Personæ unius aut plurimum stirpium.* Stirpes: *Generum origines*: veluti filius est stirps nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure, & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus in cujus jus & locum successerunt.

De successione liberorum.

1 Succedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit *nov.* 118. Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hereditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive feminæ, sive ex masculis, sive ex feminis descendant; & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. nov.* 118. *cap.* 1. Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis sic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio Prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hereditatem, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex feminis descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in §. 5. *supr. de exher. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potesta-

te defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expresse *d. cap.* 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit ut nepotibus suis heredibus, §. 6. *Inst. de her. quæ ab intest.* ¿Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib.* arg. *d. cap.* 1. quod & D. Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 13. post D. Wesemb. in *par. ad istud edictum*, recte observavit: utut id negent Cujac. ad *hanc nov.* & Hotomanus ad *calcem tit. de her. quæ ab int.*

2 Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum (quæ ex hereditate materna ad filios emancipatos pervenerunt), *l.* 3. C. *de bon. matern.* conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili ususfructus eorum, *nov.* 53. *cap. ult. novell.* 117. *cap.* 5. *auth.* Præterea *unde vir & ux* de quo pluscula D. Tuld. *comm. de her. quæ ab int. cap.* 14.

3 Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes: quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap.* 1. quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores, per §. *ult. Inst. de her. quæ ab int.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hereditas inter eos dividatur, *d. cap.* 1. facit §. 6. & *d.* §. *ult. de her. quæ ab int.* Sciendum autem est, Justinianum *toto d. cap.* 1. *nov.* 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *d. tit. nov.* 74. & 89.

4 Illegitimi, si spurii seu vulgo quæsiti fuerint, matri succedunt non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, *l. pen.* C. *de senat. Orfic.* Inter patrem vero & spurios jus successionis non est. Naturales autem ex concubina nati admittuntur, una cum legitimis, ad matris etiam illustris successionem, *d. l. pen.* & patri succedunt in duas uncias una cum matre dividendas, nisi ille liberos legitimos, seu uxorem reliquerit: quo casu alimentis contentos es-

se oportet, *nov.* 89. *cap.* 12. unde *auth.* Licet C. *de nat. liber.* Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. novell.* 89. *cap. ult. novell.* 74. *cap. ult. auth.* Ex complexu C. *de incest. nupt.* Quem rigorem mitigavit jus canonicum, *cap. cum haberet* 5. *de eo qui duxit in uxor. quam polluit per adult.* Vide Palæot. *de noth. & spur. cap.* 41. cum *seqq.* In successione adoptivorum sequendum quod constitutum est in *l. pen.* C. *de adopt.*

De successione parentum.

1 Secundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hereditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. nov.* 118. *cap.* 2. Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *de cap.* 2. *auth.* Defuncto C. *ad SC. Tert.* sin ex diversa, tanquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. cap.* 2. Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, a paterna linea, an a materna, per *d. cap.* 2. *vers. si autem* Dicimus *tanquam in stirpes*, quia si proprie loquamur, hæc successio in stirpes non est, cum in ea non succedatur jure repræsentationis: licebit illam commodius appellare *in lineas* cum Voet in *com. ad Pand. tract. de success. ab intest.* quam subjicit *tit. ad senat. Tertyll. num.* 4. & 11.

2 Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hereditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec ususfructus portionis fratribus delatæ, parentibus quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. cap.* 2. *vers. si vero.* Postea cum parentibus, & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *nov.* 127. *cap.* 1. *auth.* Cessante C. *de leg. her.* Nepotes ex fratre non idem juris habent, neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap.* 2. *auth.* Defuncto C. *ad SC. Tertyll.* ubi DD. Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. nov.* 127. succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum; de adoptivis ex *jure veteri* & *l. pen.* C. *de adopt.*

De successione lateralium.

1 Tertius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. nov.* 118.

cap. 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter, primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defunctis fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, *d. cap.* 3. *auth.* Itaque C. *comm. de succes.*

2 Illud non satis espeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vide apud Forster. 8. *de success. ab intest. cap.* 3. Fachin. 6. *contr.* 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia; propterea quod juri veteri, & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §.4. *Inst. de leg. agn. succes. l.* 2. §. 2. *de suis & legit. l. pen.* & *ult.* §. 3. *C. de leg. her.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniàni filios fratrum jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur: Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. 6. *Inst. de her. quæ ab intest.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *d. cap.* 3. *nov.* 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. cap.* 3. duntaxat jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis, ut ab his tamquam proximioribus non excludantur; vel quando adsunt patrui seu avunculi defuncti, ut hos excludant. Vide Fachin. *d. loco.*

3 Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæc duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium nunquam proximitas spectatur, *d.* §.6. & §. *ult. de her. quæ ab intest.* in linea collaterali perpetuo & sola, *pr. Inst. de leg. agnat. succes.* & *in pr. de succes. cogn. l.* 3. *C. de legit. hered.*

4 Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini,

& cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. nov.* 118. *cap.* 3. *auth.* Post fratres C. *de legit. hered.*

5 Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, *nov.* 84. *cap.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est: *Quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios*; alterum: *Quod jus repræsentationis in hoc ordine, fratrum filii terminant*; *seu non extenditur ad ulteriores.*

6 In successione illegitimorum, fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec aliis per patrem conjunctis succedunt: contra vero illegitimi ex eadem matre nati, quamvis ex diversis patribus, & sibi invicem, & per matrem conjunctis, & hi vicissim illis succedunt, *l.* 2. *un. cogn.* §. 4. *hoc tit.*

De successione in bonis reservationi obnoxiis.

1 Quia sæpe accidit, ut mortuo uno conjuge liberis relictis, alter qui superest, secundum contrahat matrimonium, quo casu in hujus successione singularia observantur, operæ pretium est hanc excutere successionem. Et primum monendi sumus, aliam esse causam bonorum quæ conjux, qui supervixit, habuit a conjuge præmortuo, vel ab aliquo ex liberis prioris matrimonii; aliam eorum, quæ eidem aliunde obvenerunt. Horum successio nihil speciale habet, sed regulis generalibus regitur: tota singularitas bona primi generis respicit, in cujus explicationem casus, qui usuveniunt, percurrere oportebit.

2 Itaque si bona ista, quæ ad conjugem, qui supervixerat, pervenerunt, profecta fuere a conjuge præmortuo, titulo quovis, etiam antenuptiali donatione seu sponsalitia largitate; vel ab altero e filiis primi matrimonii titulo successionis ab intestato, dividenda erunt æqualiter inter solos liberos ejusdem matrimonii, penitus exclusis eis, qui ex secundo matrimonio sunt nati, *l. feminæ* 3. & *toto fere tit. C. de secund. nupt. novell.* 22. *cap.* 23. Gom. in *l.* 15. *Taur. num.* 3. Id ipsum necessario servabitur in successione testamentaria conjugis, qui supervixit: tenetur etenim iste ea reservare filiis matrimonii prioris, & ita ut ipsi permissum non sit partem eorum aliquam aliis relinquere, vel ullam inæqualitatem inter liberos prioris matrimonii inducere, sed ad omnes ex æquo ea perventura sunt, *authent.* Lucrum C. *eod.* licet aliud olim observabatur, per *d. l.* 3.

3 Si ab uno ex liberis bona profecta sint non titulo successionis ab intestato, sed alio ex voluntate ipsius, testamento puta, erant quoque olim eidem reserva-

tioni obnoxia, *d. l.* 3. postea tamen ab hoc jure recessum est, bonaque ista ita acquiruntur parenti, ac si ab extraneo ipsi obvenissent, *nov.* 22. *cap.* 46. unde *auth.* Ex testamento C. *eod.* ubi & ratio additur, quia, nimirum mater succedit ex testamento filiis suis, tanquam institutus quilibet. Et quamvis ex hac ratione idem dicendum videatur de bonis profectis a præmortuo conjuge; contrarium tamen censet Ant. Gom. in *l.* 15. *Taur. num.* 2. inquiens, hanc sententiam esse de mente omnium DD. Ratio ipsi est, quia cum jus novum duntaxat loquatur de bonis profectis a filio, producendum non est ad ea, quæ a conjuge proveniunt, quæ utique facilius reservationi subjicienda, propterea quod conjux secundas contrahens nuptias memoriæ præmortui injuriam videtur facere. Qua forte de causa, ex bonis profectis a filio, ea duntaxat reservanda sunt, quæ filius habuerat a parente defuncto, seu ejusdem contemplatione: non alia, *d. auth.* Ex testamento, ibi: *Quæ paterna substantia*, Gomez *d. num.* 2.

4 Cum reservationis necessitas favore liberorum prioris matrimonii inducta sit, facile patet, eam locum non habere, si nulli extiterint; vel prorsus evanescere, si omnes ante parentem mortem obierint. Quare parens, qui extantibus liberis fructuarius duntaxat est bonorum horum, præmortuis eis proprietarius fit, liberamque alienandi potestatem consequitur. Quinimo & alienatio antea facta interim sustinebitur, ut existentibus liberis post mortem alienantis revocetur, vel defunctis firmetur; idem Gom. *ubi supr. n.* 5. cum *comm.* Cessabit etiam reservatio, si conjux præmortuus superstiti concessisset licentiam secundas contrahendi nuptias, vel *is* eas contraxerit consentientibus & volentibus liberis, ut probat ipse Gom. *n.* 6.

TITULUS SEXTUS.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 10. (1).

Lineas cognationis explicuimus *lib.* 1. §. 1. *de nupt.* & rationem numerandi gradus in unaquaque, §. 4. *eod.* Cognatorum autem nomina habes in *textibus hujus tit.* & in *l.* 10. *de grad.* & *affin.* atque in Tabella quam *hic* præfigimus.

(1) *Tit.* 6. *P.* 4.

TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 4. (1).

In nuptiis etiam jure veteri servilis cognationis ratio habita fuit, & eis impedimento erat si parentes & liberi, frater & soror manumissi fuerit, §. 10. *sup. de nupt.* In causa autem successionis, de qua *hic* agitur, nulla: sed constitutione Justiniani quæ refertur in *pr. hujus. tit.* introducta. Constitutio ipsa desideratur: eam tanquam a se repertam exhibet Cujac. *lib.* 20. *obs.* 34.

TITULUS OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. (2).

1 Ex constitutione Justiniani relata in §. 3. *hoc tit. lege* scilicet 30. C. *de inoff. testam.* liberto centenario majori intestato mortuo liberi ejus heredes sunt: & his non extantibus patronus; hoc autem deficiente, liberi ipsius patroni, necnon cognati usque ad quintum gradum.

2 „In Hispania, *d.* §. 3. *hu-* „*jus tit.* sententia probata est „*l.* 10. *tit.* 22. P. 4. hoc tamen „addito, ut parentes, fratres „sororesque liberti idem jus ex- „cludendi patronos habeant, quod „illius liberis tributum est.

(1) *L.* 10. *tit.* 22. *P.* 4.

(2) *L.* 10. *tit.* 22. *P.* 4.

TITULUS NONUS.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 4.

Senatusconsulto facto. Claudianis temporibus concessum parentibus manummissoribus, libertos suos assignare uni vel pluribus ex liberis, quos in potestate habent: quo casu in solus cui assignatus est libertus, pro patrono habetur; & in bonis assignati succedit. Quæ assignatio fieri potest testamento, codicillis, aut inter vivos, quibuscunque verbis, & etiam nutu, *l.* 1. & *toto hoc tit.*

TITULUS DECIMUS.

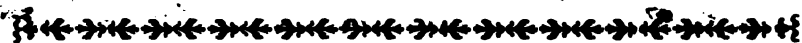
DE BONORUM POSSESIONIBUS.

Dig. Lib. 37. *Tit.* 1.

Jus succedendi ab intestato angustissimis finibus constitutum per legem XII. Tab. Prætor ex æquo & bono dilatavit, *pr. hoc. tit.* dans bonorum possessionem (quæ tota juris est, dominium tribuit, & vi ipsa nihil aliud quam hereditas) certis personis, quas lex XII. Tab. non vocaverat, utputa liberis in potestate non existentibus, cognatis, viro, uxorive. Quia vero has omnes, si virum & uxorem excipias, ad hereditatem postea admisit Justinianus *nov.* 118. de qua copiose disseruimus *supr. tit.* 5. quæque naturalem hominum affectionem & quasi vocationem secuta est, superfluum & inutile Jurisconsulto Hispano existimamus, hunc prætorium succedendi modum excutere. Erat autem modus succedendi per universitatem, secundus ex quatuor relatis *supr. lib.* 2. §. *ult. per quas pers.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Proponitur *hoc tit.* tertius modus succedendi per universitatem. Cum adrogatus in familiam & potestatem adrogatoris transeat, ac si filius ejus naturalis esset, consequens est ut omnia adrogati bona adquirantur adrogatori, §. 1. *hoc tit.* & quidem servata eadem distinctione in peculiis, quam tradidimus in §. 1. *per quas pers. cuiq.* ut ait Justinian. in §. 2. *hoc tit.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

1 Agitur *hoc tit.* de quarto & ultimo modo acquirendi per universitatem ex iis, qui propositi sunt §. *ult. per quas pers.* & est libertatum conservandarum causa bonorum addictio; cum nempe nemine hereditatem adeunte, is cui libertas datur, aut quilibet extraneus petit ut bona defuncti sibi addicantur, libertatum conservandarum causa: quo casu, si idonee caverit creditoribus de solido solvendo, bona consequitur, & loco heredis habetur, *princ.* & §. 1. *hoc tit. l. ult.* C. *de testam. manum.*

2 „In Hispania, cum he„rede non adeunte hereditatem, „duntaxat deseratur testamentum „quoad heredis institutionem: li„bertates vero & cætera firma „maneant, ut diximus in *tit. de* „*hered. quæ ab intest.* bonorum „addictio, de qua in *hoc tit.* in„cognita est.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS,

QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Hic titulus nullam meretur operam: quia duo adquirendi modi per universitatem quos continet, & aboliti apud Romanos, & nullam aliis juris partibus lucem afferunt.

TITULUS DECIMUSCUARTUS.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. lib. 44. *Tit.* 7. *C. lib.* 4. *Tit.* 10. (1).

1 Tria esse disciplinæ juris summa capita seu objecta diximus §. *ult. supr. de jur. nat. gen. & civ.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum *a titulo tertio* usque ad finem *libri primi.* Rerum tractatio suscepta *lib.* 2. *tit.* 1. ubi diximus, *rei* appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantum ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus *obligationem*, nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, *dominii* verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad *tit. 6. lib.* 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

(1) *Tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

2 Duo igitur errores *hic* nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes a rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgo Interpp. qui existimant, *hic* initium fieri doctrinæ de actionibus, permittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *infr. de act.*

3 Alter error Vulteji est, qui *lib.* 1. *disc. schol. cap.* 16. & ad *hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst.* 2. *disp.* 3. Præcipuum eorum argumentum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. ¿Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere, nec solum res corporales, verum etiam incorporales? *supr. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hereditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, add. *l.* 49. *de verb. sign.* Apparet vero Vultejum obligationes tantum considerasse in relatione ad personam debitoris, cum præcipue *hic* considerandæ sint ratione creditores, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes a parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiæ nemo dixerit.

4 Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes; tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur: *Quod personam afficit, quatenus persona est*, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ ¿Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? ¿Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? ¿aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut bebitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l.* 3. *de obl. & act.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem

ultimum non alio referri possunt, aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum.

5 *Hoc titulo* primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur a causis efficientibus; postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones *hic* propositæ, omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quendam usum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ *hic* a Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum a capite repetitam explicemus.

6 Omnis obligatio est: *Vinculum quoddam juris, quo adstringimur ad aliquid præstandum.* Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur in puram *naturalem*, meram *civilem*, & *mixtam*. *Naturalis* obligatio est: *Naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili* (1). Dicitur naturalis non a natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed a natura humana, id est, recta ratione, quæ sola, quod æquum est, dictat. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l.* 95. §. 4. *de solut. l.* 84. §. 1. *de div. reg. jur.* quo loco verbo *oportet.* quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest.

7 Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, tria faciunt, videlicet aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ *legitima* dicitur, aut quæ contractui in continenti adjecta, *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 13. *C. eod.* Ex cæteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod.* Plura dicemus infra sub §. *ult.* Secundo fa-

(1) *L.* 5. *tit.* 12. *P.* 5.

cit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea; tantum naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, *l.* 127. *de verb. obl. l.* 1. *in fine de novat.* aut servus, *l.* 14. *de oblig.* & *action.* aut is, cui bonis interdictum est, *l.* 6. *de verb. oblig.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l.* 16. §. 1. *ad senat. Vellej. l.* 9. *in fin.* cum *l. seq. de senat. Maced.* (1).

8 Præterea; etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti: unde obligatio ad mutua dona, *l.* 25. §. 11. *de hered. pet.* per *l.* 54. §. 1. *de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitio naturalis, *l.* 26. §. 12. *de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemni declarata: item eam, qua heres legatis oneratus tenetur ea integra præstare extra detractionem Falcidiæ, *l.* 2. *C. de fideicomm. l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir.* & *uxor. l.* 1. *l. ult. C. ad legem Falc.*

9 Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. cap.* 28. *debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari, aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. cap.* 7. *Cum res honesta sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant: *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quam eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit.* Et mox: *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

10 Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l.* 26. §. 12. *de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem juris solutum est, jure civili repeti non potest, *l.* 7. C. *de cond. ind. l.* 9. C. *ad leg. Falcid.* Idem erit dicendum de obligatione filiifam. qui contra

(1) *L.* 4. *tit.* 1. *P.* 5.

senatusc. Macedonianum mutuam pecuniam accepit, *l.* 40. *de cond. ind.*

11 Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est *l.* 13. *l.* 41. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act.* & *similibus locis.* Effectus isti principales hi sunt: debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, *l.* 6. *de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio, *d. l.* 10. *de obl. & act.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, *l.* 1. §. *pen. de pec. const.* item novari, *l.* 1. *in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere, §. 1. *infr. de fidejuss.* denique & pignus, *l.* 5. *de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ accessiones duntaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit quo adspectu, quod pupillus ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur, *d. l.* 41. *de cond. ind. l. propen. de obl. & act.*

12 Obligatio mere civilis est: *Vinculum solius juris civilis, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione.* Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit. Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inutile, *l.* 3. §. 1. *de const. pec. l. nihil interest* 112. *de div. reg. jur. l.* 14. *de compens.* (1).

13 Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul est: *Vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur* (2). Mixtam hanc obligationem vocamus propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur quemadmodum & debitor proprie intelligitur: *Ille a quo invito pecunia exigi potest, l. debitor* 108. *de verb. sign.* & ex adverso creditor: *Qui exceptione perpetua removeri non potest, l.* 10. *eod. tit.* alii per abusionem, *l.* 16. §. 4. *de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones *hoc titulo* propositas pertinere. Est vero, quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præsumptive; qualis est obligatio judicati, & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur,

(1) *L.* 56. *tit.* 5. *P.* 5.

(2) *D. l.* 15. *tit.* 12. *P.* 5.

l. 56. *de re jud.* confessi in jure pro judicatis habentur, *d. l.* 56. *l.* 1. *de confess. l. unic. C. eod.* jurisjurandi quoque, aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur litterarum, *inf. de lit. obl.*

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura (1).

COMMENTARIUS.

1 *Est juris vinculum*) Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est, necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

2 *Necessitate adstringimur*) Effectus. Obligatio semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

3 *Alicujus rei*) Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l.* 1. *in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat ut utrumque præstetur, *l.* 2. *de verbor. oblig.* §. *ult. inf. eod. l.* 3. *de obl. & act.*

4 *Solvendæ*) Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l.* 49. *de solut.* eaque solutione tollitur obligatio, *infr. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligati tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur; sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l.* 3. *de obligat. & act.*

5 *Secundum nostræ civitatis jura*) Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit: *Quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas; ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ.

(1) *D. l.* 5. *tit.* 12. *P.* 5.

TEXTUS.

Divisio prior.

1 *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Aut civiles aut prætoriæ*) Distributio obligationis a causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola *hic* disputatur), quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hìc monendi sumus; cum civiles obligationes obponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri. At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt. Idem suo modo observatur in jure, & actione civilibus. Vide quæ diximus in §. 8. *supr. de jur. nat. gent. & civ.*

2 *Constitutæ aut comprobatæ*) Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum, & verborum, *infr. tit. 16. & tit. 22.* ex delicto nonnullæ, ut suis locis videvimus. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

3 *Quas Prætor ex sua jurisdictione*) Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque est: a Prætore autem introducta dicitur ea: ex qua Prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: & aliæ, de quibus in progressu.

4 „In Hispania obligationes „prætorias a civilibus distinctas, „nullas agnoscimus.

TEXTUS.

Divisio posterior.

2 *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu: aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris; aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

COMMENTARIUS.

1 *Aut enim ex contractu &c.*) Secunda obligationum divisio a

causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l.* 27. *hoc tit. de oblig. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor *hic* ponuntur a Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione *contractus & maleficii* etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *l.* 16. *de neg. gest. l.* 23. *de div. reg. jur.* cum *similibus.*

2 Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ *hic* a Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias; cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ a Celso proponitur in *l.* 32. *de rebus cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. 29. *supr. de rer. divis.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, §. *ult. infr. de leg. Aquil. l.* 23. §. 5. *de rei vindic.* Heinec. recte notat in *Recit. hoc tit.* §. 753. Obligationes quæ ex æquitate nascuntur, ex his duobus principiis nasci: *Quod tibi non nocet, & alteri prodest, ad id es obligatus*: item: *Quod ipsa recta ratio exigit, ad id es obligatus.* Ex primo deducit obligationem ad rem domino exhibendam: ex altero obligationem ad alimenta præstanda filiis. Sola obligatio ad præstandum duplum ab ædificante, quam modo meminimus, non facile huc reduci potest.

3 Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *l.* 1. *pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum: duo illa, contractum & maleficium esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sunt extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cajus in *d. l.* 1. nomine *contractus & maleficii* etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, a contractu & maleficio diversa esse, idem recte do-

cet *l.* 5. *eod.* & ex eo Justinianus *infr. tit. de oblig. quæ quasi ex contr.* & *de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum, quadripartita quoque est obligationis divisio.

4 *De iis, quæ ex contractu*) Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *l.* 1. §. 3. *l.* 7. *de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo & item pactum in genere sumptum, valent) est: *Duorum pluriumve in idem placitum consensus*; definitore Ulpiano *d. l.* 1. §. 2. *de pact. l.* 3. *de pollic. In idem placitum*, id est, in eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt species; aut enim ex *publica* causa fiunt, aut ex *privata l.* 5. *de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio, aut *nuda* est, aut *non nuda*, *d. l.* 7. §§. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 10. C. *eod.* Non nudam conventionem Doctores vulgo *vestitam* & *pactum vestitum* apellant, verbo magis quam sensu inconcinno. Nuda conventio est: *Quæ in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem*, *d. l.* 7. §§. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 27. C. *de locat.* In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d. l.* 7. §. 4. & *seqq. l.* 10. C. *eod. l.* 15. *de præscript. verb.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est nihil amplius, *l.* 23. C. *de pignor.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem &c. dicimus.

5 Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d. l.* 7. §. 4. cum *similibus.* Imo proverbii vice olim jactatum fuisse: *Ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. C. *de pact.* & ideo *omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, ut ait Paul. 2. *sent.* 22. §. *ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l.* 7. §. 4. & *seqq.* Nimirum Conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & necessitate adstringere.

6 Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata, vel jure civili, quæ *pacta* dicuntur *legitima l. 6. de pact.* quale est, v. c. pactum donationis, *l.* 35. C. *de donat.* item quo dos constituitur, *l. 6.* C. *de dot. prom.* vel jure prætorio, ut constitutum, et conventio de pignore, *l.* 1. & passim *de pec. const. l.* 1.

de pigner. action.

7 Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta quæ his contractibus tanquam pars eorum inesse creduntur, *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 13. C. *eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, *l.* 76. *de contr. empt. l.* 6. §. 1. *de act. empt. l.* 11. C. *de pact.* Cæterum hæc res non ulla indiget cautione & distinctione Primum enim, non quævis pacta huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promovent, *d. l.* 7. §. 5. & *seqq. de pact.* & *ibi* comm. DD. *l. pacta* 72. *de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia contractus. Deinde, nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei.

8 Conventio non nuda sive vestita est: *Quæ puri placiti fines egreditur*: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur *contractus.* Et igitur contractum sic definio: *Conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam.* Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l.* 7. §. 1. & 2. Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio, venditio, locatio conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum, talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur.

9 Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hocce exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. & *contractus innominati* dicuntur, quorum quatuor sunt genera, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, relata a Paulo in *l.* 5. *de præscr. verb.* (1). Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definio: *Datio vel factum certa lege*, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid da-

(1) L. 5. *tit.* 6. P. 5.

res aut faceres, uti & Jurisconsultus in *d. l.* 7. §. 2. hoc explicat, & innumeris locis significatur, *l.* 5. *per tot. l.* 8. *l.* 15. *de præscr. verb. l. 6.* C. *de rer. perm.* & *simil.* alias negotium dicitur, *d. l.* 15. *de præscr. verb.* & negotium civile, *l.* 1. *de æstim. act.* id est, tale quod constituit contractum, unde obligatio & actio civilis; ne quis hìc somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est. Labeo in *l.* 19. *de verb. sign.* dum ait contractum esse ultro citroque obligationem, non definit generaliter quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus vocis significatio: sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis conjungit, *actum, contractum*, *gestum*. Nam contractus alii sunt unilaterales, in quibus unus duntaxat obligatur, ut mutuum, alii bilaterales in quibus uterque, veluti emptio, ut latius id explicamus *infra tit. seq.* §. 2. *n.* 4.

10 Apparet autem ex disputatione Ulp. in *d. l.* 7. §. 1. & 2. *de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamem neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas; ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta a contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *cohærentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habet, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 10. *l.* 13. C. *eod.*

11 *Aut re contrahuntur aut verbis &c.*) Subdivisio primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu, sumpta a causis obligationem ex contractu proxime constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris, id est obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l.* 1. §. *pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum, rem, verba aut litteras

requirunt: atque hinc contractus dicuntur reales, verbales, litterales, vel consensuales.

12 *Aut litteris*) Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur, quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam: vel ut Galvano placet in *tract. de usufr.* sub obligatione verborum: quia & in hac olim verba solemnia intercessisse, patet ex Teoph. ad *tit. Inst. de litter oblig.* Certe plurium, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. §. 3. *de pact.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit.* C. *de non. num. pec.*

13 ,In Hispania ex quocun-, que pacto serio efficax obligatio, nascitur, *l.* 1. *titt.* 1. *l.* 10. *Nov.*, *Recop.* de qua plura loquendi in-, fra erit locus in *tit. de verb. oblig.*, & *de inut. stip.* Quod & usu, omnium fere gentium jam pri-, dem receptum est.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. *Tit.* 1. *Lib.* 13. *Tit.* 6. & 7. *Lib.* 16. *Tit.* 3. *Cod. Lib.* 4. *Tit.* 1. 23. 24. & 34. (1).

Hoc *titulo* exponitur prima species obigationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquid ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Suppleamus ergo quod deest, dicamusque, obligationem re crontrahi: *Cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit.* Rem enim *hic* generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui *hic* memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem ac-

(1) *Tit.* 1. 2. 3. & 13. *P.* 5.

cesserit, *l.* 1. §. 2. *de rer. permut. l.* 3 C. *eod. l.* 7. §. 2. *de pact. l.* 5. & *pass. de praec. verb.* diserteque Paulus in *d. l.* 1. §. 2. *de rer. permut.* hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in his rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio (1).

COMMENTARIUS.

1 Mutuum est: *Contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat*; & cum realis sit contractus iste, constituitur non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit: *Mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur*, *l.* 2. §. 3. *de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum est, obligatio contrahi possit veluti si tibi dederim decem ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l.* 11. §. 1. *eod. tit.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio. Plane, si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia, ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l.* 9. §. *ult. de reb. cred.* Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

2 *Quæ pondere, numero, mensura*) Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari &c. possunt: alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio

(1) *L.* 5. & 2. *tit.* 1. *P.* 5.

consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*; id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum, atque idcirco *fungibiles* dici solent: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in *d. l.* 2. §. 1. *de reb. cred.*

3 Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive domini rerum in accipientem tanslatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit: *Quod de meo tuum fiat*, *d. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is, qui accipit, dominus fiat, *d. l.* 2. §. *pen. l.* 55. *de obl. & act.* Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam, crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaveris, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l.* 11. & *l.* 15. *de reb. cred.* Quamquam dificilior videtur Africanus in *l. qui negotia* 34. *mand.* Vid. Cujac. *tract.* 8. ad *African.* & quæ diximus in §. *interdum* 43. *de rer. divis. & adq. ipsar. domin.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata, præstet bona fide facto consumptio, *l.* 19. §. 1. *de reb. cred.* ut vidimus in §. 2. *quib. alien. licet vel non.*

4 Finis est, ut is, qui rem mutuo accipit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquando post rem ex eodem genere, & tantundem (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l.* 2. *in pr. de reb. cred.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l.* 3. *de reb. cred.* (1)

5 Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis (2). Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hoc tit. l.* 1. §. 4. *de*

(1) *D. l.* 2. *tit.* 1. *P.* 5.

(2) *L.* 1. *d. l.* 2.

obl. & act. (1): nimirum duplici de causa; tunc quia regulare est, ut res pereat suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est; genus autem nunquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.*

6 *Non eadem res*) In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, *d. l. 2. de red. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem speciem, quæ accepta, est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratiâ cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit.

7 Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam; quantacunque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l. 22. de reb. credit.* quippe æstimatio extra rem est; magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate. Donell. ad *d. l. 3. num. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest, arg. *d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm.* quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit (2), & si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. 22.*

8 Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. 99. de solut.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore impositio, id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcissæ corpus hujusmodi debere intelli-

(1) *L. fin. d. tit. 1.*

(2) *L. 8. d. tit 1. P. 5.*

gatur, sed potius ipsius valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. cap.* 5. *Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis, aureos &c.*

9 Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expresse dictum sit, neque mora intervenerit, quam tractant Hotoman. *illustr. quæst.* 15. Donell. ad *d. l.* 3. *de reb. cred. num.* 10. & 11. Bart. in *l.* 101. *de solut.* Bald. in *l.* 24. *de jur. dot.* Si autem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus; si extrinseca, id est, valor impositiius, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Nec inelegans hujus distinctionis ratio: quia nimirum is, qui mutuas pecunias dedit, id ipsum consecuturus est, quod haberet, si mutuas non dedisset, sed eas in arca aut crumena conditas servasset. Atque ita sæpissime judicatum est, Myns 4. *obs.* 1 Gail. 2. *observ.* 73. *num.* 6. *& seqq.*

10. *Ejusdem naturæ & qualitatis*) Animadvertere *hic* oportet alia dici *essentialia* contractibus, alia *naturalia*, alia denique *accidentalia*. Essentialia sunt illa, sine quibus contractus nequit subsistere, utputa in mutuo quod reddatur res ejusdem generis: nam si paciscatur ut sit diversi generis, ut oleum pro vino, mutuum non erit, sed permutatio. Naturalia dicuntur, quæ ex natura ordinaria contractus veniunt, pacto tamen tolli seu mutari possunt salvo manente contractu, ut in eodem contractu mutui, quod res quæ reddenda est, si ejusdem bonitatis seu qualitatis; si enim contrahentes expresserint, quod res ejusdem generis, diversæ tamen qualitatis reddatur, mutuum erit. Hucque pertinet quod in contractibus, præstetur hæc vel illa culpa. Accidentalia ea appellantur, quæ neque ad essentiam, neque ad naturam ordinariam contractus pertinent, sed ex mera contrahentium voluntate contractui accedunt, quale est quod mutuum reddatur in moneta aurea vel argentea.

11 *Quæ vocatur certi conditio*) Mutuum contractus est unilateralis, sive ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem.

12 „ In Hispania, si in mu-
„ tui datione dies solutioni adje-
„ ctus est, eo die reddendum: si
„ autem nullus dies fuerit adje-
„ ctus, decem dies debitori con-
„ ceduntur a numeratione sibi fa-
„ cta, *l.* 2. *in fin. tit.* 1. *P.* 5.
„ Gregor. tamen Lop. in *gloss.* 7.
„ *ejusd. leg.* censet, hos decem

„dies currere ex quo mutuum a „creditore petitur: non ante.

13 „Et meminisse opus est, „plurima constituta esse circa no„bilissimam quæstionem, quam „*supr. num.* 10. attigimus, in de„clarationibus *l.* 19. cum *aliquot* „*seqq. tit.* 17. *lib.* 9. *Nov. Rec. quæ* „in *Nova Recop.* subjectæ sunt *d.* „*tit.* 17. & in *senat.* 3. 34. & 35. „*tit.* 17. *lib.* 9. Vide Retes *lib.* 7. „*opusculor.* & Larrea *decis.* 24. „qui late hoc argumentum exa„minant.

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repititionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest; si apparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere; cum is, qui solvendi animo dat; magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.*

COMMENTARIUS.

1. Per occasionem disputationis de mutuo subjicitur *hic* aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit Cujacius 8. *observ.* 34. Duo *hic* referuntur. Cæteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur *suo loco.*

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur, ut ejus sit; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, velati incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est; si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod sibi commodatum est, do-*

mi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis (1). *Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum* (2).

COMMENTARIUS.

1 Secunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc tit.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est: *Rem alicui gratis certo modo utendam dare.* Est rem utendam dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l.* 1. §. 1. *commod.* Quo autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia: & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possesionem retinemus: *l.* 8. *ff. hoc tit.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse (3), nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l.* 3. §. *ultim. l.* 4. *commod.* Quamquam Auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant pro mutuo dare. Cicero. *Verrin.* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmas. *cap.* 7. *de usur.* Deinde etiam hoc; commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere (4).

2 Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin* (5). Denique consulto addimus *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus a precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est, commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 12. *de precar.* junct. *l.* 17. §. 3. *commod.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

3 *Re Obligatur*) Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendam dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic

(1) *L.* 4. *l. fin. tit.* 1. *P.* 5. *l.* 3. *tit.* 2. *eod.*

(2) *D. l.* 3. *tit.* 2. *P.* 5.

(3) *D. l.* 1. *tit.* 1. *P.* 5. *vers.*

E la otra.

(4) *L. fin. d. tit.* 2. *P.* 5.

(5) *L.* 1. *eod.*

contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l.* 1. §. 3. *de obligat. & act.* (1).

4 *Commodati actione*) Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela: de quibus infra *suis locis* Nimirum, quod hic notandum est, contractuum quidam sunt unilaterales, qui ex uno tantum latere obligant; quidam bilaterales, qui ultro citroque, quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter bilaterales numerantur *sup. tit. de auct. tut. in pr.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio.

5 Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum duntaxat obligandum, eum qui accepit videlicet, ut liquet ex fine principali contrahentium; neque ab initio dantem itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit, accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit; quas impensas refundi damnumque ei sarciri, æquum est, *l.* 18. §. 2. *commod. l.* 5. *depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pigneratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem: deponentem, debitorem, *contrariæ* dictæ sunt. Unde *titt. commodati vel contra; depositi vel contra* &c. Idem quoque usu venit in mandato & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l.* 5. *pr.* & §. 1. *de obl. & act.*

6 *Sane quidem exactam diligentiam*) Si res alienæ vel aliis debitæ peremtæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio, cujus sedes in *D.* est *l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 5. §. 2. *commod.* in *Inst. hoc* potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo; aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit.

(1) D. *l.* 1.

7 De dolo, & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est: *Occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita*, *l.* 1. §. 2. *de dol. mal* (1). Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l.* 5. §. 2. *commod. d. l.* 23. *de div. reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est: Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimendum esse debitoris, perindeque eum teneri, acsi nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d. l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 27. § 3. & 4. *de pact.* Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l.* 7. §. 14. *d. l.* 27. §. 4. *de pact.* (2).

8 Casus fortuiti contraria definitio est; nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti in nullo judicio & a nemine præstari dicuntur, *d. l.* 23. *de div. reg. jur. in fin. l.* 6. *C. de pign. act.* ubi verba illa *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l.* 23. *de verb. obl. l.* 5 *de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum. Nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris: ut bene Don. ad *d. l.* 6. *num.* 21. Casum fortuitum definimus: *Omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui prævisso non potest resisti*, *l.* 18. *commod. d. l.* 6. *C. de pigner. act.* (3). Alio generali nomine *casus* & *vis major* dicitur, item *factum* & *damnum fatale*.

9 Qui vero *periculum* dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l.* 4. *l.* 11. *de reb. cred.* cum *similib.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare, & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l.* 13. §. 1. *de lib. cap. l.* 40. *locat. l.* 25. *pro soc.* & passim hæ phrases occurrunt: *Periculum custodiæ subire*: *Periculo culpæ vel negligentiæ subjici*, *adstringi*, *illigari*, *l. un.* §. 4. *furt. adv. naut. l.* 39. §. 12. & *l. seq. de adm. tut. d. l.* 1. §. 35. *depos.* Sed & appellatione *casus* interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem XII. Tab. *casu*, inquit, id est, negligentia, *l.* 9. *de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l.* 28. §. *vers.* 12. *nam fortuita*, *de pœn.* & ita cape *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 2. *eod.*

10 Casus fortuiti varii sunt,

(1) *L.* 1. *tit.* 16. *P.* 7.
(2) *L.* 29. *tit.* 11. *P.* 5.

(3) *L.* 11. *tit.* 33. *P.* 7.

veluti a vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri *vim divinam* dixerunt, *l.* 25. §. 6. *locat.* Item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent, aliaque similia damna, *l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 18. *l.* 19. *commod.* cum *simil* (1). Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent cujusmodi sunt furta, *l.* 52. §. 3. *pro soc. l.* 14. §. 1. *de peric.* & *commod.* item incendia intrinsecus orta, *l.* 3. §. 1. *de off. Præf. vig. l.* 11. *de peric.* & *com. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa, servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut a grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Fachin. 1. *cont.* 87. Don. ad *l.* 6. *C. de pign. act. num.* 6. & 3. *seqq.*

11 Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est, ubi nihil amplius debitori objicitur, quam casus fortuitus: cessat autem, si culpa ejus casus contigerit, *hac text. l.* 18. *commod.* aut mora causam præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit (2). Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam: si res debita post moram a debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eam perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *de verb. oblig. l.* 82. §. 1. *eod.* Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l.* 1. §. 35. *depos. l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 1. *C. depos.* Unde tritum illud: *Omnes contractus ex voluntate contrahentium legem capiunt.*

12 Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis a quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit: primum ut noritmus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstetur. Culpam definio: *Omne factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria.* Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, *l.* 91. *pr. de verb. oblig.* sicut e contrario & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum a dolo, tum

(1) *L.* 3. *tit.* 2. *P.* 5. *l.* 8. *tit.* 8. *d. P.* 5.

(2) *D. l.* 3. *tit.* 2. *P.* 5.

a casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est involuntaria. A casu fortuito, quia quod inconsiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. *seq. hoc tit.* & sæpe *alibi*. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quam id factum, quod alii non nocet, *l.* 4. *C. ad leg. Jul. de adult.*

13 Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis, gradus faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infirma, est media, est & maxima seu summa.

14 Latam culpam e regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit: *Omissio ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria*. Itaque in lata culpa, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se caveret aut curare debere, *l. cedere* 213. §. *ult. l. lata* 223. *de verbor. sign. l. quod Nerva* 32. *depos.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, in custoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat (1). Alia exempla hujus culpæ habes in *l.* 8. §. *ult.* & *l.* 29. §. 3. *mand.* In summa, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua facere, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior *d. l.* 32. *depos.* gravior, *l.* 54. §. 2. *de adquir. rer. domin.* item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *l. magna*. 226. *de verb. sign. l.* 7. §. 2. *de adm. tut.* & *alibi*, & passim per periphrasim culpa dolo proxima, *l.* 4. *de Mag. conv. l.* 47. §. *pen. de legat.* 1. cum *similibus*.

15 Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse: *Omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat*, id est, mediocris, & *quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt*; aut *id admissum in re aliena, quod diligens paterfamil. non committeret in re sua* arg. *d. l.* 32. *depos.* Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo

(1) *L.* 11. *tit.* 33. *P.* 7. *ubi de omnibus culpis.*

quis curat res proprias, *hoc text. l.* 1. §. 4. *de oblig. & action.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfamil. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus e multis, sed qualem magna pars patrumfam. *l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis, verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset, *d. l.* 11. Levi culpæ & imperitia fere annumeratur in iis qui peritiam profitentur, *l. imperitia* 130. *de div. reg. jur.* junct. *l.* 8. §. 1. *ad leg. Aquil.* Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet quodcumque a diligente provideri potuit, *l.* 31. *ad leg. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum *culpa* absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre licet, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 27. *de div. reg. jur. l.* 1. §. 35. *depos. cum similib.*

16 Levissimam culpam opponimus diligentiæ summæ, ut sit: *Omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfamil. suis rebus adhibet, aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfamil. non committeret, l.* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de oblig. & action. l.* 3. *de peric. & comm. rei vend.* Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita, damnum, quod illatum est, vitare potuerit: nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text.* §. 1. *in fin. infr. de oblig. quæ quasi ex contr. d. l.* 18. *comm.* Exempli gratia, non carebit culpa levissima si quis fenestras versus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in lege* 44. *ad leg. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo *diligentia* aut *custodia*, quo summa & exactissima significatur, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 47. §. *penult. de legat.* 1.

17 Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est; nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam; ita ut hominum actibus, certus terminus circumscribi nequeat: tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium Judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religio

Judicis sufficienter instrui potest; iisdemque arbitrium illius dirigendum.

18 Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus definitio & loci, in quibus a dolo aperte distinguitur, *l.* 22. §. 3. *ad Trebell.* *l.* 7. *ad leg. Cornel. de siv.* *l.* 20. C. *de neg. gest.* sed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l.* 29. *mand.* *l.* 7. §. 1. *de susp. tut.* (1), & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l.* 32. *depos.* *l.* 226. *de verb. sign.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l.* 5. §. 15. *ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *l.* 1. §. 5. *de oblig. & act.* id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur.

19 Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo *doli* etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum*, *duntaxat* &c. *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* *l.* 5. §. 2. *commod.* *l.* 23. *de div. reg. jur.* cum *simil.* Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & non numquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l.* 11. §. *ultim. de his qui notantur infam.* *l.* 7. §. 1. *de susp. tut.* *l. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari. Plane in causis criminalibus & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto consulto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coërceri, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli: quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l.* 3. §. 2. *d. tit.* *l.* 38. §. 5. *de pœn.*

20. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat, aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes *culpam* simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem cul-

(1) *D. l.* 11. *tit.* 33. *P.* 7.

pam, præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum *diligentiæ*, indicabimus. In ac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum prestetur & culpa (1). Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet; quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, l. 5. §. 2. l. 18. *commod.* Quæ regula, servata eadem distinctione, accommodanda quoque est contractibus innominatis, l. 10. §. 1. *commod.* l. 17. §. 1. & §. 2. *de praesc. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, l. 108. §. 12. *de legat.* 1. junct. l. 47. §. *penult. eod.* l. 22. §. 3. *ad Trebellian.*

21 Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantum coërcetur, id specialem rationem habet, ut & illud, quod placet, nautas, caupones: stabularios in eo, quod receperunt, plus quam culpam præstare. In precario nempe, quia ut ait Ulpian. in l. 8. §. 3. *de precar.* totum pendet a liberalitate concedentis, id est, pro hujus arbitrio quocumque tempore revocari potest: ut proinde minima & contemnenda censeatur utilitas ejus, qui precario rogavit, & rem tenet. In agrimensore autem, quia hic civiliter obligatus non est, & sibi imputare debet, qui eum adhibuit, l. 1. §. 1. *si mens fals. mod. dix.* In nautis denique, cauponibus, & stabulariis, summam diligentiam exigit Prætor, ut innotesceret curam eum agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, l. 3. §. 1. *naut. caup. stabul.*

22 Insuper prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, l. 23. *de div. reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, l. 1. §. 6. *depos.* l. 1. C. *eod.* l. 5. §. 15. *commod.*

23 Possunt vero & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, l. 1. *de tut.* & *rat. dist.* l. 7. C. *arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret; quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, l. 1.

(1) L. 2. tit. 2. P. 5.

§. 35. *depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, §. 1. *in fin. infr. de oblig. quæ quasi ex contr. l.* 23 *de div. reg. jur.* Hæc *suis locis* in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus.

24 Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: eum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt; præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

25 *Exactam diligentiam*) Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *d. l.* 5. §. 2. *commod.* quod & eodem loco expressum est, a commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, *diligentia* verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur, Cajus *l.* 18. *eod. In rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia, præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet*: Idem alibi ait: *Eum qui utendam accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli, l.* 1. §. 4. *de oblig. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l.* 21. C. *mand.* exactum officium dixit pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l.* 5. §. 5. *commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, *l.* 25. §. 16. *fam. ercisc.* Quemadmodum vice versa, superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus: Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quo si pro unas, aliquem sua duntaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culpa ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l.* 5. §. 10. *commod.* Quod si ejus & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote &c. *d. l.* 18. *in fin. princ. eod.* (1).

26 *Si modo alius diligentior*) Hinc tria elicimus. 1. Etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis, eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligen-

(1) *D. l.* 2. *tit.* 2. *P.* 5.

tius rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi quam ut eandem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis: quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati; si alius diligentius curando rem servare potuit.

27 *Majoresve casus non tenetur*) Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus, in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l.* 10. *l. ult. commod.*

28 *Si nulla mercede*) Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, *l.* 17. §. 3. *d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l.* 1. §. *ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *infr. locat. l.* 22. *de præscript. verb.*

TEXTUS.

De deposito.

3. *Præterea & is (apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi; quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenentur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputari debet* (1).

COMMENTARIUS.

1. Tertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est: *Rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare*, *l.* 1. *depos.* (2). In eodem significatu utimur & verbo *commendare*, *l.* 24. *eod. l. commendare* 186. *de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l.* 24. & *seqq.* §. 1. *eod* (3). In quo depositum differt a commodato, *l.* 3. §. *ult. commod.*

(1) L. 3. *tit.* 3. P. 5. P. 5.
(2) L. 1. junct. *l.* 2. *d. tit.* 3.
(3) D. *l.* 2.

2 *Tenetur que actione depositi*) Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam, & occasionem rei acceptæ abest, *l.* 5. *depos.* (1). Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l.* 1. §. *propen.* & *pen eod.* (2). At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *l.* 5. §. 2. *eod.* (3). Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus, officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, *l.* 17. §. 3. *commod.* (4).

3. *De ea re restituenda*) In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti (5). Quare etiamsi nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l.* 24. *depos.*

4 *Si quid dolo*) In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 1. §. *ult. l. si sine* 20. *depos. l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit; qui ea pro dolo habetur, ut *superius* demonstravi, *l.* 1. C. *depos.* (6).

5 *Suæ facilitati id imputare*) Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l.* 1. §. 5. *de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l.* 32. *depos.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. infr. de societ.* dicimus.

(1) *L. fin. eod.*
(2) *L.* 5. *d. tit.* 3. *P.* 5.
(3) *L.* 3. *eod. l.* 2. *tit.* 9. *P.* 3.
(4) *L. ult. tit.* 2. *P.* 5.
(5) *D. l.* 2. *tit.* 3. *P.* 5.
(6) *L.* 3. *d. tit.* 3. *P.* 5.

TEXTUS.

De pignore.

4 *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam, exactam diligentiam adhibeat: quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. 7. *infr. de act. tit. D. & C. de dist. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit, eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet, Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. 17 de pign.* de qua agemus §. 7. *inf. de act.* Cæterum de pignore ita accepto *hic* non loquimur, sed de eo quod contrahitur per traditionem a debitore factam creditori in securitatem crediti; resque ipsa tradita *pignus* dicitur: quando vero res duntaxat obligatur & non traditur creditori, sed apud debitorem manet, *hypoteca* appellatur; si proprie & distincte loqui volumus, *l. 9. §. 2. de pigner. act.*

2 *Actione pigneratitia*) Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possesio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. 40. §. ult. de pign. act. l. 1. cum 2. seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l. 9. §. 3. eod.* (2). Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, *l. 8. eod.* (3). Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypotecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus per-

(1) *L. 20. tit. 13. P. 5.*
(2) *L. 21. d. tit. 13. P. 5.*
(3) *D. l. 21.*

sequendum contra quemcunque possessorem, *d.* §. 7. *infr. de act.* l. 17. *de pign.* at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita aceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* & *aliis locis.*

3 *Sufficere si exactam diligentiam*) Creditor igitur pigneratitius culpam levem præstabit, nihil amplius, juxta regulam traditam ab Ulpiano in *l.* 5. §. 2. *commod.* quam exposuimus §. 2. *hujus tit.* quia ut in *hoc text.* dicitur, in contractu isto utilitas vertitur utriusque.

4 Negotium tamen facessit, quod *hic* scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l.* 13. §. *ult. de ping. act.* *l.* 19. *C. de pign.* Quid quod *iisdem locis* traditum est, creditorem pignoris præter culpam, & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l.* 13. §. *ult.* *In actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo: ex iis quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo *hoc loco* exactam diligentiam contra mentem imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit, *l.* 14. *de pign. action.* Hancque esse mentem Justiniani perspicue probat verbum *sufficere*, quo ipse utitur in *hoc textu*, ut temperet verbum *exactam*: cum e contrario loquens de commodato in §. 2. *hoc tit.* post verbum *exactam* dixisset: *Nec sufficit* &c.

5 Quod autem tantum casus fortuiti excludantur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quia, ut verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit: & ipsa excludi intelligitur, ut in *l.* 5. *C. de pign. act. l.* 28. *C. de locat. l.* 4. *C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act. l.* 23. *de div. reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non

faciendo ex adverso respondeat, *l.* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *C. de locat.* eodemque modo custodia acciepienda in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act.* & *d. l.* 19. *C. de pign.* Vid. G. Gar. Noodt. *probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione, & dolus, & culpa, at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* Quæ lectio optime quadrat laudatæ regulæ, traditæ in *d. l.* 5. §. 2. *commod.*

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 38. (1).

1 Exposita est prima species obligationum, quæ, cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde illa *verborum*, hæc *litterarum* dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & *hic* & proxime *sequentes quinque tituli* consumuntur. Literarum obligatio brevius perstringitur *tit.* 22. Verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est, *Contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis.* Est autem contractus hic unilateralis, tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur: *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet: l.* 5. §. 1. *hoc tit.* (2). Verum Jurisconsultus *eo loco* genus non expressit, quod nec semper, necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset: *Stipulatio est contractus constans conceptione verborum &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent.

2 Stipulationum usus jure civili maximus est: quia necessarius in constituendis fidejussoribus, & obligationibus novandis, *l.* 1. *de novation.* & utilis, quia per eas cæteræ conventiones cla-

(1) *Tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 1. *tit.* 11. *P.* 5.

riores & firmiores fiunt: atque idcirco omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *l.* 134. §. 1. *de verb. oblig. l.* 7. §. 12. *de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. oblig.* tanquam in Pandecte, tractentur, & stipulationi attribuantur.

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur (1): *ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu; si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex interrogatione & responsione*) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, *l.* 1. §. 7. *de obl. & act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine *stipulatio* a veteribus dicta est, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* non proprietate verbi (nam *stipulari* is dicitur, qui interrogat; *alter promittere, spondere*: interrogatio autem sine responsione inutilis est), sed propter partium necessariam consequentiam: quia posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione &c. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat; quædam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat, et ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

2 *Si certa sit stipulatio*) Certa stipulatio *hic* non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat; incerta, de qua ambitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronuntiatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa, ubi autem hoc non apparet, incerta, *l.* 74. & *l. seq. hoc tit.*

3 *Ex stipulatu*) Ait Imp. ex stipulatione certa nasci condictionem certi; ex incerta vero ex stipulatu, in specie scilicet. Nam sciendum est, hoc nomen, *actio ex stipulatu* & generis esse & speciei: Primo modo sumptum convenit etiam conditioni certi, dum scilicet res in stipulatum deducta certa est: posteriore non item. Idem evenit in nominibus *adoptio, cognatio* & aliis, ut monuimus in §. 1. *de adopt.*

4 *Si incerta sit*) Sed inquis,

(1) *D. l.* 1. *tit.* 11. *P.* 5.

¿an non incertitudo stipulationem vitiat? Sane aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit, *l.* 94. cum *seq.* *l.* 115. *in pr.* *hoc tit.* hic contra. Vid. quæ diximus in §. *si generaliter* 22. *de legat.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1 *In hac olim talia verba tradita fuerunt*: ¿Spondes? Spondeo. ¿Promittis? Promitto. ¿Fidepromittis? Fidepromitto. ¿Fidejubes? Fidejubeo. ¿Dabis? Dabo. ¿Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulatium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat quibuscumque tandem verbis expressum est.*

COMMENTARIUS.

1 Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, *l.* 10. C. *eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *l.* 38. §. 1. *l.* 137. *hoc tit.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest *l.* 1. §. *pen.* & *ult.* *de oblig.* & *action.* §. 7. *infr.* *de inut. stipul.* Sufficit autem, ut uterque linguam alterius intelligat, sive per se, sive per verum Interpretem *l.* 1. §. *ult.* *hoc tit.*

2 *Solemnitate verborum sublata*) Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *l.* 10. C. *hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus; post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in

vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia.

3 , In Hispania nullam in-
, ter pactum & stipulationem a-
, gnoscimus differentiam. Quinimo
, ex eo solum quod appareat, vo-
, luisse quenquam quoquomodo
, obligari, obligatio consistit, quin
, is possit excipere stipulationem
, non fuisse contractam; vel pro-
, missionem in absentem & non
, adhibito Tabellione collatam
, fuisse, *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov.*
, *Recop.* Qua lege correcta est *l.* 2.
, *tit.* 11. *P.* 5. quatenus secundum
, juris Romani placita statuebat,
, vitiari stipulationem per inter-
, jecta verba extranea; & nullam
, obligationem contrahi, dum quis
, sine verbis interroganti annuit,
, ut recte monet Gregor. Lop. in
, *glos.* 1. & 4. *hujus leg.* 2. Sed
, & aliarum legum *Partitarum*
, correctoria est laudata *Recopi-*
, *lationis*, ut *suis locis* videbi-
, mus. Generaliter itaque statuen-
, dum est, recte apud nos pacto
, peragi ea omnia, quæ secundum
, leges Romanorum stipulationem
, desiderant.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura, vel in diem.

2 *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti*: ¿ Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti*: ¿ Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes (1)? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit, non potest* (2): *ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

COMMENTARIUS.

1 Divisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel pure, vel in diem, vel sub conditione.

2 *Idque confestim peti potest*) Cedere diem, est deberi, et venire diem peti posse, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* Puræ stipulationis dies, statim & cedit & venit, hoc est, id, quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *d. l. cedere* 213. *de verb. sign.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l.* 213. *l.* 118. §. 1. *hoc tit.* Pu-

(1) *L.* 12. cum *seq. d. tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 14. *eod.*

ram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis, eamque intelligimus: *Cui nec conditio nec dies vel tacite insit*: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, *l.* 73. *hoc tit.*

3 Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. infr. de inut. stip. Eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur solutionem, & executionem obligationis referendum est: ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commode fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim dificultas præstandi non moretur actionem, *l.* 137. §. 4. *hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est., ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l.* 118. §. 1. *eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile, statim cum sacco venire creditorem, arg. *l.* 105. *de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat, & convictus condemnatur, *l.* 16. *jud. solv.* junct. *l.* 21. *de judic.* Don. ad *l.* 41. §. 1. *hoc tit. num.* 34. & *seqq.* Cæterum DD. vulgo id Judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, arg. *l.* 45. §. 10. *de jur. fisc.* (1). Et sane nec præcise tempus judicati servare Magistratus cogitur, *l.* 2. *de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *cas.* 27. Dura autem nimis est Cujacii in *d. l.* 41. & Timæi Fabri *disp. aniv.* 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

4 *Cum adjecto die*) Stipulatio in diem est: *Quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur.* Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an extiturus sit: veluti in hac conceptione, ¿ *Dabis, cum Titius uxorem duxerit*? aut, *cum Titius pubes factus erit*? *l.* 21. & *l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud duntaxat incertum, quando sit extiturus, certum autem, extiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, ¿ *Dabis, cum moriar*, aut, *cum morieris*? hujus-

(1) *L.* 13. *d. tit.* 11. *P.* 5.

modi diem pro conditione non haberi, argumento est, quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l.* 16. cum 2. *seqq. de cond. ind.* (1) In heredis vero institutione, & in legatis dies mortis adjectus personæ extraneæ, conditionem facit, ut vidimus in §. 9. *de hered. inst. n.* 4. Discriminis ratio est: quia in legato adjectio illa, *cum heres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, heredi tamen ejus debetur, §. 4. *infr. eod.*

5 Unum etiam genus dici plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione: ¿ *Cum petiero dare spondes*? quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum proculdubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio, *l.* 48. *hoc tit.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus a quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo: ¿ *Usque ad Calendas dare spondes*? aut ¿ *Quoad vivam dare spondes*? pure contracta obligatio intelligitur: de qua sub §. *seq.* Porro dies vel aperte adjicitur, ut in formulis usitatis: *Calendis Martiis*, *proximis nundinis*, *post biennium*: vel tacite stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, *l.* 14. *l.* 137. §. 2. & 3. *hoc tit.* §. *loca* 5. *infr. eod.*

6 *Statim quidem debetur*) *l.* 38. §. 16. *hoc tit. l. cedere* 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu, in diem stipulatio pura interdum dicitur, ut ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l.* 9. §. 1. *de novat. leg.* 79. *de cond. & demonst.* ¿Quid ergo est, quod Ulpianus in *l.* 41. §. 1. *hoc tit.* ait: *Diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur*? Nimirum verbum *debendi* cum effectu *eo loco* Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur, plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod *locus ipse* satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse, quod pugnaret cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Eodemque modo exaudiendum est quod idem Ulpian. ait in *l.* 72. *in fin.*

(1) *L.* 32. *tit.* 14. *P.* 5.

hoc. tit. in obligationibus faciendi cedere diem, ubi jam cœpit mora fieri; cedere scilicet cum effectu, ut etiam *ipse locus* ostendit.

7 Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l.* 10. *de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita posit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l.* 1. & *l.* 5. *de novat. l.* 3. §. *ult.* & *l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat. Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l.* 41. §. 1. medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *l.* 38. *hoc tit.* & l. 70. *de solut.* Et vero ¿quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? per *vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l.* 18. *de pec. constit.* qui locus, etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat. *l.* 39. *de solut.* nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Plane si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l.* 2. *quod cert. loc. l. qui Romæ* 122. *pr. hoc tit.* Dom. in *d. l.* 41. §. 1. *num.* 47. & *seq.*

8 *Peti prius quam dies venerit*) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. cedere* 213. *de verb. sign. l.* 44. §. 1. *de obl. & act.* cum *simil.* (1).

9 *Totus arbitrio solventis*) Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l.* 41. §. 1. *hoc tit. l.* 17. *de div. reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: utputa, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l.* 42. *hoc tit.* §. *ult. infr. de inut. stip.* Plane si quis ita stipuletur: ¿*Hodie dare spondes*? puram esse hanc stipulationem Papinianus respondis: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l.* 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio: *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita: ¿*Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas*? sive denique hoc modo: ¿*Post Calendas, post biennium, post nundinas*? non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promis-

(1) *L.* 14. *d. tit.* 11. *P.* 5.

sio semper in tempus finitum; non cœptum referatur, *l.* 13. *l.* 41. cum *l. seq. l.* 56. §. 5. *l.* 138. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, *l.* 12. *eod.* Quod si simpliciter hoc modo: *Calendis Januariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l.* 41. *in pr.* (1). Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa a DD. habetur, ac si annua, bima, trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur.

10 , IN HISPANIA nullam le-, gem invenimus, qua statuatur, totum diem adjectum arbitrio, solventis seu debitoris tribui. Imo, contrarium videtur elici *ll.* 11., 14. 15. & 17. *tit.* 11. *P.* 5. Cæ-, terum cum non sit de intentio-, ne legum *Partitarum* corrigere, romanorum jus quando id non, exprimunt, sed potius debeant, per ipsum suppleri, intelligi, & limitari, ut monet Greg., Lop. in *gloss.* 10. *l.* 10. *tit.* 5., *P.* 5. maxime quando jus Ro-, manum non solemnitate, sed, æquitate nititur, ut in præsen-, tia: crediderim etiam apud nos, cogi debitorem ad solutionem, non posse, nisi finito die in, quem obligatio contracta fuit:, hocque etiam innuere videtur, *l.* 35. *d. tit.* 11. *P.* 5. Idemque, visum Ant. Torres, dum in *hoc*, *textu* jus Romanorum intactum, reliquit: Antonius autem Gom., nimium distinguit *lib.* 2. *var.*, *cap.* 21. *num.* 27.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3 *At si ita stipuleris:* ¿Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

COMMENTARIUS.

1 Agitur *hic* de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione submoveri. Affertur autem pro exemplo casus iste: ¿*Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l.* 8. §. 27. *de transact. l.* 12. §. 6. *quand. dies leg.* Deinde, in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere,

(1) *L.* 15. *d. tit.* 11. *P.* 5.

quominus statim nascatur obligatio & actio, arg. *hujus* §. 3. *l.* 56. §. 4. *hoc tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti possunt. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summan semel tantum deberi, non sæpius.

2 Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc bienio & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l.* 42. *hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l.* 40. *de reb. cred.*

3 Oportet autem *hic* animadvertere multum differre stipulationem in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est, *l.* 10. *quand. dies leg. l.* 11. *de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l.* 4. *d. tit.* Sic itaque jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad heredem ejus legatum illius anni transeat: sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio: *Si legatarius vivet*, ejusque tantum añi legatum transmittatur, quo legatarius vixit: sufficit tamen ut in anni ingressu vixerit legatarius, *l.* 4. *l.* 8. *de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l.* 11. *d. tit.*

4 Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l.* 58. *de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l.* 35. §. *ult. de mort. ca. don. l.* 78. *hoc tit.* Cujus diferentiæ hic effectus, ut si, verbi causa, servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l.* 12. §. 1. *quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l.* 78. & *d. l.* 35. §. *ult.*

5 Deinde stipulatio annua semper est perpetua, adeo ut quamvis stipulator expresserit *quoad vivam*, duret ipso jure post ejus mortem: exceptio tamen hoc casu promissori competet adversus heredem stipulatoris, ut dicitur in *hoc* §. Ratio hujus discriminis est, quia qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur, *l.* 9. *de probat.* legata vero intuitu solius legatarii relinqui solent. *l.* 9. *pro soc.* unde nata alia diffe-

sequendum contra quemcunque possessorem, d. §. 7. infr. de act. l. 17. de pign. at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, l. 3. §. 3. ad exhib. & aliis locis.

3 *Sufficere si exactam diligentiam*) Creditor igitur pigneratitius culpam levem præstabit, nihil amplius, juxta regulam traditam ab Ulpiano in l. 5. §. 2. commod. quam exposuimus §. 2. hujus tit. quia ut in hoc text. dicitur, in contractu isto utilitas vertitur utriusque.

4 Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in l. 13. §. ult. de ping. act. l. 19. C. de pign. Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam, & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in d. l. 13. §. ult. *In actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo: ex iis quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit, l. 14. de pign. action. Hancque esse mentem Justiniani perspicue probat verbum *sufficere*, quo ipse utitur in hoc textu, ut temperet verbum exactam: cum e contrario loquens de commodato in §. 2. hoc tit. post verbum exactam dixisset: *Nec sufficit &c.*

5 Quod autem tantum casus fortuiti excludantur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quia, ut verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit: & ipsa excludi intelligitur, ut in l. 5. C. de pign. act. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut. Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. 23. de div. reg. jur. Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpa levi in non

faciendo ex adverso respondeat, *l.* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act.* & *d. l.* 19. *C. de pign.* Vid. G. Ger. Noodt. *probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* Quæ lectio optime quadrat laudatæ regulæ, traditæ in *d. l.* 5. §. 2. *commod.*

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 38. (1).

1 Exposita est prima species obligationum, quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illa nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde illa *verborum*, hæc *litterarum* dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & *hic* & proxime *sequentes quinque tituli* consumuntur. Litterarum obligatio breviusperstringitur *tit.* 22. Verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est, *Contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis.* Est autem contractus hic unilateralis, tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur: *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet: l.* 5. §. 1. *hoc tit.* (2). Verum Jurisconsultus *eo loco* genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset: *Stipulatio est contractus constans conceptione verborum &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent.

2 Stipulationum usus jure civili maximus est: quia necessarius in constituendis fidejussoribus, & obligationibus novandis, *l.* 1. *de novation.* & utilis, quia per eas cæteræ conventiones cla-

(1) *Tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 1. *tit.* 11. *P.* 5.

riores & firmiores fiunt: atque idcireo omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *l.* 134. §. 1. *de verb. oblig. l.* 7. §. 12. *de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. oblig.* tanquam in Pandecte, tractentur, & stipulationi attribuantur.

TEXTUS.

Summma.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur (1): *ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu; si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex interrogatione & responsione*) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, *l.* 1. §. 7. *de obl. & act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine *stipulatio* a veteribus dicta est, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* non proprietate verbi (nam *stipulari* is dicitur, qui interrogat; *alter promittere, spondere*: interrogatio autem sine responsione inutilis est), sed propter partium necessariam consequentiam: quia posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione &c. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat; quædam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat, et ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

2 *Si certa sit stipulatio*) Certa stipulatio *hic* non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat; incerta, de qua ambitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronuntiatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa, ubi autem hoc non apparet, incerta, *l.* 74. & *l. seq. hoc tit.*

3 *Ex stipulatu*) Ait Imp. ex stipulatione certa nasci condictionem certi, ex incerta vero ex stipulatu, in specie scilicet. Nam sciendum est, hoc nomen, *actio ex stipulatu* & generis esse & speciei: Primo modo sumptum convenit etiam conditioni certi, dum scilicet res in stipulatum deducta certa est: posteriore non item. Idem evenit in nominibus *adoptio, cognatio* & aliis, ut monuimus in §. 1. *de adopt.*

4 *Si incerta sit*) Sed inquis,

(1) *D. l.* 1. *tit.* 11. *P.* 5.

¿an non incertitudo stipulationem vitiat? Sane aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit, *l.* 94. cum *seq.* *l.* 115. *in pr. hoc tit.* hic contra. Vid. quæ diximus in §. *si generaliter* 22. *de legat.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1 *In hac olim talia verba tradita fuerunt*: ¿Spondes? Spondeo. ¿Promittis? Promitto. ¿Fidepromittis? Fidepromitto. ¿Fidejubes? Fidejubeo. ¿Dabis? Dabo. ¿Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulatium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat quibuscumque tandem verbis expressum est.*

COMMENTARIUS.

1 Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, *l.* 10. C. *eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *l.* 38. §. 1. *l.* 137. *hoc tit.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest *l.* 1. §. *pen.* & *ult. de oblig. & action.* §. 7. *infr. de inut. stipul.* Sufficit autem, ut uterque linguam alterius intelligat, sive per se, sive per verum interpretem *l.* 1. §. *ult. hoc tit.*

2 *Solemnitate verborum sublata*) Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *l.* 10. C. *hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus; post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in

vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia.

3 , In Hispania nullam in-, ter pactum & stipulationem a-, gnoscimus differentiam. Quinimo , ex eo solum quod appareat, vo-, luisse quenquam quoquomodo , obligari, obligatio consistit, quin , is possit excipere stipulationem , non fuisse contractam; vel pro-, missionem in absentem & non , adhibito Tabellione collatam , fuisse, *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov.* , *Recop.* Qua lege correcta est *l.* 2. , *tit.* 11. *P.* 5. quatenus secundum , juris Romani placita statuebat, , vitiari stipulationem per inter-, jecta verba extranea; & nullam , obligationem contrahi, dum quis , sine verbis interroganti annuit, , ut recte monet Gregor. Lop. in , *glos.* 1. & 4. *hujus leg.* 2. Sed , & aliarum legum *Partitarum* , correctoria est laudata *Recopi-, lationis*, ut *suis locis* videbi-, mus. Generaliter itaque statuen-, dum est, recte apud nos pacto , peragi ea omnia, quæ secundum , leges Romanorum stipulationem , desiderant.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura, vel in diem.

2 *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti:* ¿ Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti:* ¿ Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes (1)? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit, non potest* (2): *ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

COMMENTARIUS.

1 Divisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel pure, vel in diem, vel sub conditione.

2 *Idque confestim peti potest*) Cedere diem, est deberi, et venire diem peti posse, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* Puræ stipulationis dies, statim & cedit & venit, hoc est, id, quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *d. l. cedere* 213. *de verb. sign.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l.* 213. *l.* 118. §. 1. *hoc tit.* Pu-

(1) *L.* 12. cum *seq. d. tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 14. *eod.*

ram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis, eamque intelligimus: *Cui nec conditio nec dies vel tacite insit*: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, *l.* 73. *hoc tit.*

3 Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. infr. de inut. stip. Eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur solutionem, & executionem obligationis referendum est: ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commode fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim dificultas præstandi non moretur actionem, *l.* 137. §. 4. *hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est., ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l.* 118. §. 1. *eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile, statim cum sacco venire creditorem, arg. *l.* 105. *de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat, & convictus condemnatur, *l.* 16. *jud. solv.* junct. *l.* 21. *de judic.* Don. ad *l.* 41. §. 1. *hoc tit. num.* 34. & *seqq.* Cæterum DD. vulgo id Judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, arg. *l.* 45. §. 10. *de jur. fisc.* (1). Et sane nec præcise tempus judicati servare Magistratus cogitur, *l.* 2. *de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *cas.* 27. Dura autem nimis est Cujacii in *d. l.* 41. & Timæi Fabri *disp. aniv.* 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

4 *Cum adjecto die*) Stipulatio in diem est: *Quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur.* Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an extiturus sit: veluti in hac conceptione, ¿ *Dabis, cum Titius uxorem duxerit* ? aut, *cum Titius pubes factus erit* ? *l.* 21. & *l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud duntaxat incertum, quando sit extiturus, certum autem, extiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, ¿ *Dabis, cum muriar*, aut, *cum morieris* ? hujus-

(1) *L.* 13. *d. tit.* 11. *P.* 5.

modi diem pro conditione non haberi, argumento est, quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l.* 16. cum 2. *seqq. de cond. ind.* (1) In heredis vero institutione, & in legatis dies mortis adjectûs personæ extraneæ, conditionem facit, ut vidimus in §. 9. *de hered. inst. n.* 4. Discriminis ratio est: quia in legato adjectio illa, *cum heres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, heredi tamen ejus debetur, §. 4. *infr. eod.*

5 Unum etiam genus dici plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione: ¿ *Cum petiero dare spondes*? quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum proculdubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio, *l.* 48. *hoc tit.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus a quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo: ¿ *Usque ad Calendas dare spondes*? aut ¿ *Quoad vivam dare spondes*? pure contracta obligatio intelligitur: de qua sub §. *seq.* Porro dies vel aperte adjicitur, ut in formulis usitatis: *Calendis Martiis*, *proximis nundinis*, *post biennium*: vel tacite stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, *l.* 14. *l.* 137. §. 2. & 3. *hoc tit.* §. *loca* 5. *infr. eod.*

6 *Statim quidem debetur*) *l.* 38. §. 16. *hoc tit. l. cedere* 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu, in diem stipulatio pura interdum dicitur, ut ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l.* 9. §. 1. *de novat. leg.* 79. *de cond. & demonst.* ¿Quid ergo est, quod Ulpianus in *l.* 41. §. 1. *hoc tit.* ait: *Diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur*? Nimirum verbum *debendi* cum effectu *eo loco* Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur, plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod *locus ipse* satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse, quod pugnaret cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Eodemque modo exaudiendum est quod idem Ulpian. ait in *l.* 72. *in fin.*

(1) *L.* 32. *tit.* 14. P. 5.

hoc. tit. in obligationibus faciendi cedere diem, ubi jam cœpit mora fieri; cedere scilicet cum effectu, ut etiam *ipse locus* ostendit.

7 Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l.* 10. *de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita posit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l.* 1. & *l.* 5. *de novat. l.* 3. §. *ult.* & *l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat. Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l.* 41. §. 1. medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *l.* 38. *hoc tit.* & l. 70. *de solut.* Et vero ¿quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? per *vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l.* 18. *de pec. constit.* qui locus, etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat. *l.* 39. *de solut.* nunquam enin obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Plane si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l.* 2. *quod cert. loc. l. qui Romæ* 122. *pr. hoc tit.* Dom. in *d. l.* 41. §. 1. *num.* 47. & *seq.*

8 *Peti prius quam dies venerit*) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. cedere* 213. *de verb. sign. l.* 44. §. 1. *de obl. & act.* cum *simil.* (1).

9 *Totus arbitrio solventis*) Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l.* 41. §. 1. *hoc tit. l.* 17. *de div. reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: utputa, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l.* 42. *hoc tit.* §. *ult. infr. de inut. stip.* Plane si quis ita stipuletur: ¿*Hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondis: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l.* 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio: *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita: ¿*Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo: ¿*Post Calendas, post biennium, post nundinas?* non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterieriut; ut promis-

(1) *L.* 14. *d. tit.* 11. *P.* 5.

sio semper in tempus finitum; non cœptum referatur, *l.* 13. *l.* 41. cum *l. seq. l.* 56. §. 5. *l.* 138. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, *l.* 12. *eod.* Quod si simpliciter hoc modo: *Calendis Januariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l.* 41. *in pr.* (1). Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa a DD. habetur, ac si annua, bima, trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur.

10 „In Hispania nullam legem invenimus, qua statuatur „totum diem adjectum arbitrio „solventis seu debitoris tribui. Imo „contrarium videtur elici *ll.* 11. „14. 15. & 17. *tit.* 11. *P.* 5. Cæterum cum non sit de intentio„ne legum *Partitarum* corrigere „romanorum jus quando id non „exprimunt, sed potius debeant „per ipsum suppleri, intelligi, „& limitari, ut monet Greg. „Lop. in *gloss.* 10. *l.* 10. *tit.* 5. „*P.* 5. maxime quando jus Ro„manum non solemnitate, sed „æquitate nititur, ut in præsen„tia: crediderim etiam apud nos „cogi debitorem ad solutionem „non posse, nisi finito die in „quem obligatio contracta fuit: „hocque etiam innuere videtur „*l.* 35. *d. tit.* 11. *P.* 5. Idemque „visum Ant. Torres, dum in *hoc* „*textu* jus Romanorum intactum „reliquit: Antonius autem Gom. „nimium distinguit *lib.* 2. *var.* „*cap.* 21. *num.* 27.

(1) *L.* 15. *d. tit.* 11. *P.* 5.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3 *At si ita stipuleris:* ¿ Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

COMMENTARIUS.

1 Agitur *hic* de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione submoveri. Affertur autem pro exemplo casus iste: *¿ Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l.* 8. §. 27. *de transact. l.* 12. §. 6. *quand. dies leg.* Deinde, in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere,

quominus statim nascatur abligatio & actio, arg. *hujus* §. 3. *l.* 56. §. 4. *hoc tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti possunt. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summan semel tantum deberi, non sæpius.

2 Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc bienio & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l.* 42. *hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium anuorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l.* 40. *de reb. cred.*

3 Oportet autem *hic* animadvertere multum differre stipulationem in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est, *l.* 10. *quand. dies leg.* *l.* 11. *de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l.* 4. *d. tit.* Sic itaque jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad heredem ejus legatum illius anni transeat: sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio: *Si legatarius vivet*, ejusque tantum anñi legatum transmittatur, quo legatarius vixit: sufficit tamen ut in anni ingressu vixerit legatarius, *l.* 4. *l.* 8. *de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l.* 11. *d. tit.*

4 Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l.* 58. *de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l.* 35. §. *ult. de mort. ca. don. l.* 78. *hoc tit.* Cujus diferentiæ hic effectus, ut si, verbi causa, servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l.* 12. §. 1. *quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l.* 78. & *d. l.* 35. §. *ult.*

5 Deinde stipulatio annua semper est perpetua, adeo ut quamvis stipulator expresserit *quoad vivam*, duret ipso jure post ejus mortem: exceptio tamen hoc casu promissori competet adversus heredem stipulatoris, ut dicitur in *hoc* §. Ratio hujus discriminis est, quia qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur, *l.* 9. *de probat.* legata vero intuitu solius legatarii relinqui solent. *l.* 9. *pro soc.* unde nata alia diffe-

rentia, de qua in §. *seq. num. ult.*

6 „ In Hispania *l.* 15. *tit.* 11. „ *P.* 5. distinguit casum, quo quis „ rem promittit additis his verbis: „ *Cada año*, ab eo, quo promis- „ sio facta est sub his aliis: *En to-* „ *dos los años.* In posteriore vult „ diem venire, id est, rem peti „ posse in initio cujusque anni: „ in priore finem expectandum.

TEXTUS.

De conditione.

4 *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit vel non fuerit, committatur stipulatio, veluti*: ¿ Si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*: ¿ Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit ac si stipulatus esset cum moreretur sibi dare. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri; eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Hactenus dictum de stipulatione pura & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definimus est: *Adjectio, qua in futurum eventum incertum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur.* Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. infr. eod.* (2): & quas certum est omnimodo extituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si morieris*, *si Calendis sol orietur*, *l.* 79. *de cond. & dem.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rem in incertum eventum difert, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l.* 99. §. 1. *l.* 108. *hoc tit.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sunt casuales seu fortuitæ: *Quæ scilicet a solo casu dependent*, veluti: *Si Titius Consul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam potestativæ sive arbitrariæ: *Quarum impletio in potestate reorum est*, ut: *Si Capitolium adscenderis*, vel *non adscenderis.* Quædam mistæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut: *Si Mæviam uxorem duxeris* (3). Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l.* 7. *hoc tit.* §. *impossibilis* 11. *inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, *l.* 46. §. *ult.* *d. l.* 108. §. *ult. hoc tit.*

(1) *L.* 14. *tit.* 11. *P.* 5.
(2) *L.* 2. *tit.* 4. *P.* 6.
(3) *L.* 1. *d. tit.* 4. *P.* 6. *in fin.*

2 *Cum in casum differtur obligatio*) Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* (1). Differtur autem obligatio in casum, non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis *hic* propositis, sed etiam intellecta seu tacite comprehensa: quod ex rebus ipsis intelligitur, puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit, qui an exiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata, ut in hac conceptione: ¿*Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes*? *l. 6. de legat.* 1. *l.* 85. *de legat.* 3. item in hac: ¿*Quod patrem meum debere constiterit, dare spondes*? *l.* 122. §. 4. *hoc tit.* vel ex rei promissæ natura, veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *l.* 73. *hoc tit.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio: *Si nuptiæ sequantur*, *l.* 21. *de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse (2).

3 *Committatur stipulatio*) Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit; *l.* 115. §. 1. & 2. *hoc. tit.*

4 *Si in Capitolium non adscendero*) Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur: *Si in Capitolium adscenderis*, aut: *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant, Tacit. *lib.* 14. *cap.* 61. *Exim Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. in *paneg. cap.* 5. *Tibi ascendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. *disp.* 15.

5 *Ac si stipulatus, cum moreretur*) In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse; ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero: ¿*Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes*? non nisi præterito biennio recte petam, *l.* 99. §. 1. *hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio a conditione incipiat, veluti si sit ita cautum: ¿*Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes*? nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desiisset posse dari, *l.* 115. §. 2. *eod.* Dixi, si stipulatio dandi a conditione cœpit: nam si non a conditione, sed ab

(1) *L.* 12. *tit.* 11. *P.* 5. *in fin.*

(2) *L.* 1. *tit.* 4. *P.* 6. *l.* 20. *d. tit.* 11. *P.* 5.

alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta: ¿*Pamphilum dari spondes*? ¿ *si Pamphilum non dederis*, *tantum dari spondes*? committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l.* 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio: ¿*Dabis, si in Capitolium non adscenderis*? post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l.* 115. §. 1. (1). Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo *hic* proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu heres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere heres stipulatoris.

6 In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placet que, desiderante legatario, statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum (2): quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, *l.* 7. *l.* 18. *l.* 79. §. 2. *de cond. & dem.* ¿ Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hereditatibus admissa, in contractibus non item? Nimirum, quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione: *Si in Capitolium non adscendero*, satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius heres; & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, heres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l.* 99. *hoc tit.* Aliam rationem reddit Anton. Fab. 2. *conject.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercciderent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hereditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad heredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst.* Gomez 2. *resol.* 11. *num.* 37. Cujac. 14. *observ.* 22.

7 *Ac si cum moreretur*) Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum: ¿ *Si Capitolium non adscendero, dare spondes*? & : ¿ *Dabis, cum moriar*? in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cæteræ sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantum, sed

(1) *L.* 15. *tit.* 11. *P* 5. *in fine.*

(2) *L.* 7. *tit.* 4. *P.* 6. *in fine.*

etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, *l.* 17. *de cond. ind.*

8 *Tantum spes est debitum iri*) Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset: deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l.* 26. *de cond. inst. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* (1). Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde, si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l.* 16. *de cond. ind.* (2). Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

9 *Eamque spem in heredem transmittimus*) Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut heres stipulatoris agere, aut heres promissoris conveniri possit, §. *pen. infr. de inut. stip. l.* 57. *hoc tit.* (3). Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab herede aut contra heredem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, *d. l.* 8. *de peric. & comm.*

10 ¿Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque, mortuo ante eventum conditionis legatario ad heredem ejus nec spem ullam transmitti? *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. unic.* §. 7. *C. de cad. toll.* ¿Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in heredem legatarii, atque in heredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l.* 9. *pro soc.* existimandum est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam heredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam heredibus suis prospectum velit, *l.* 9. *de probat.* (4). Add. Gomez 2. *resolut.* 11. *num.* 12. Ad hæc, contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit, *l.* 26. *de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo

(1) *L.* 12. *tit.* 11. *P.* 5. *in fine.*
(2) *L.* 32. *tit.* 14. *P.* 5.
(3) *L.* 14. *tit.* 11. *P.* 5.
(4) *L.* 11. *tit.* 14. *P.* 3.

recedere, *l.* 5. *C. de oblig.* & *act.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l.* 10. *l.* 54. *de verb. sign.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l.* 42. *de oblig.* & *action.* Cujac. in *d. l.* 10. *de verb. sign.*

TEXTUS.

De loco.

5 *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti*: ¿Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam* (1). *Et ideo si quis Romæ ita stipuletur*: ¿Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

COMMENTARIUS.

1 *Hujus tituli* §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationi insertus est.

2 *Re ipsa dilationem habet*) Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagine aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio fit impossibilis, *l.* 137. §. 2. *hoc tit.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l.* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad Judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis, pro locorum distantia, ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfamil. conficere possit, quod facturum se promisit.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6 *Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti*: Si Titius Consul fuit, *vel*; ¿Si Mævius vivit, dare spondes? *Num si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* (2).

(1) L. 13. *de tit.* 11. *P.* 5.

(2) L. 12. *d. tit.* 11. *P.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Condictiones, quæ ad præsens*) Hæ orationes: *Si Titius Consul factus est*: *Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ; pure, si veræ. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l.* 69. *de her. inst. l.* 39. *de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, esse quasdam conditiones *secundum esse*, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam *secundum dici*, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari: *Si Titius morietur*, *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 17. cum *seqq. de cond. ind.* Nec magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit; partim quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio nunquam sit extitura.

2 *Quæ per rerum naturam certa sunt*) Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur. *l.* 38. *de reb. cred.* Unde apparet non recte cum casu *hic* proposito comparari casum *l.* 28. §. *ult. de jud.* & *l.* 3. *si pars her. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quod in utero sint, & an nascituri sint; ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt, *d. l.* 28. §. *ult. de judic.* quanquam in specie *illic* proposita variasse Jurisconsultos, constat ex *l.* 30. §. 6. *de adq. her.*

TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7 *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri* (1). *Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet*: Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quæ*

(1) *L.* 12. tit. 21. P. 5.

dam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda: ¿Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes (1)?

COMMENTARIUS.

1 Insignis *hic locus* est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l.* 2. *hoc tit.* Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l.* 75. §. *qui* 7. *eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat; aut si fiat, incertum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quadam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *l.* 68. *eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere; quod *hic* monet Justinianus, & Venulejus *l. ult. de præt. stip.* Sed quoniam in *hunc locum* incidimus, age paulo plenius eum explicemus, quia utilis est.

2 In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quandiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi [illegible] tamen [illegible] quam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est: sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promisit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi id quod interest, *l.* 72. *l.* 84. *hoc tit.* ut tamen quandiu lis nondum contestata est, placeat, promissorem paratum præstare, quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l.* 84. (2). Nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ a Celso adolescente scriptum memorat Paul. *l.* 91. §. 3. *hoc tit.* facultatem offerendi mora amisam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Sed animadvertendum est, quod ubi jam cœpit mora fieri in opere inchoando, potest stipulator agere ut æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit: ita tamen, ut si transacto tempore, quo opus consummare oportuerit, ædificetur, liberetur reus sive promissor, *l.* 137. §. 3. *d. l.* 72. *hoc tit.*

3 Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu: *Quæ intra meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant,* qualia sunt: *Romam ire: Tabulam pingere: Insulam ædificare: Fossam fodere:* cujusmodi in hac

(1) *L.* 35. *eod.*

(2) *D. l.* 35. [illegible]

disputatione exemplis etiam veteres utuntur. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l.* 52. §. 1. *hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l.* 11. §. 2. *de act. empt.*

4 *Vel non fieri*) Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quæ continet, quod est in non faciendo, veluti: *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat &c.* *l.* 2. §. *pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, aut opposita, distinguuntur, *l.* 75. §. 7. *eod.* Hujusmodi vero stipulationes nunquam aliter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *d. l.* 2. §. *pen. l.* 4. §. 1. *eod.* & ideo necesse est committi in id quod interest.

5 *Optimum erit pœnam subjicere*) (1). Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori *hic* monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita a Paulo in *l.* 68. *hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. ¿ At quomodo hac ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta? Nimirum, quia id ipsum quod interest, est incertum, *l. ult. si quis in jus. voc.* quod etiam Paulus *d. l.* 68. vult intelligi, & patet, quia nihil est aliud quam: *Quod nobis abest, quodque lucrari potuimus*, *l.* 13. *rat. rem hab.* quod quam incertum, & difficile sit probatu, nemo non videt.

6 Cum autem id, quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de prat. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si ocurri potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & a re ipsa, & a probatione. Neque vero hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest (2): nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest: nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l.* 38. § 17. *hoc tit.* §. 18. *infr. de inut. stip.*

7 Illud non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *l.* 10. §. 1. *de pact.* l. 122.

(1) *L.* 34. *d. tit.* 11. *P.* 5.

(2) *D. l.* 35. *tit.* 11. *P.* 5.

§. 2. *hoc tit.* & maxime postquam effectum est constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat* (1): Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti potest, *l.* 4. §. 7. *de dol. mal. exc.* (2). Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, recte adhuc petet, quod pluris sua interest, *l.* 28. *de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit. &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula: *Rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna; *l.* 30. *de recept. l.* 16. *de transact. l.* 17. *C. eod.* (3): Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimam usurarum modum excedit, *l.* 44. *de usur. l.* 15. *C. eod.*

8 „In Hispania stipulatio „pœnalis adjecta promissioni cer„tæ quantitatis in fraudem usu„rarum facta præsumitur, & non „tenet, si stipulator fuerit soli„tus credere sub usuris: sin au„tem hac macula aspersus non „fuerit, stipulatio valebit, & de„bitore non solvente committe„tur pœna, *l. fin. tit.* 11. *P.* 5.

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 2. *C. Lib.* 8. *Tit.* 40. *Nov.* 99. (4).

1 In duobis reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promisserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem, quia in his aliquid singulare est, quod a jure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet, ideo quiduam id esset, propio titulo exquiritur; quod & factum est, in *D.* & *C.* Reus a re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.* 2. *de Orat. cap.* 34. *Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur,*

(1) *L.* 15. *tit.* 14. *P.* 5.
(2) *L.* 34. *d. tit.* 11.
(3) *D. l.* 34. *vers.* Fueras ende.
(4) *L.* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *N. R.*

sed omnes, quorum de re disceptatur. Gallus Ælius apud Festum: *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l. 5. de verbor oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipue judicio agitur utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; nec solum reum promittendi, debendi, satisdandi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus; ut passim in *tit.* hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: Spondeo, *utputa cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat:* Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:* ¿ Mævi, decem aureos dare spondes? ¿ & Seji, eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim:* Spondeo.

COMMENTARIUS.

1 *Et stipulandi & promittendi*) Qui stipulatur reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc tit.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervalo stipulationes esse oportet, *l. 6. §. ult. l. 12 pr. hoc tit.*

2 *Stipulandi ita*) Duod reos stipulandi hoc modo recte definiemus: *Qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur.* Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet ut uterque rem unam atque eandem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente ut una utrique debeatur.

3 *Nam si prius Titio*) Hoc tamem non ita præcise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur, cum singulis separatim interrogantibus promissor etiam separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l. 3. in fin. hoc tit.*

4 *Duo rei promittendi*) Vel

ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum: *Quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 1. infr. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur a fidejussore.

5 Post constitutionem Justiniani, *nov. 99. cap. 1.* unde *auth.* Hoc ita C. *hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constiturum) facti intelligantur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur (1): quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit.

TEXTUS.

De effectu hujusmodi stipulationum.

1 *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur; & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.*

COMMENTARIUS.

1 In causa plurium reorum, etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademquæ & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ *hoc* §. commemorantur.

2 *Solidum singulis debetur, & singulis in solidum*) Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde & illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit.* Cæterum circa reos promittendi *novella* Justiniani constitutione *de reis promit. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus e duobus debendi reis in solidum a creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit; vel non solvendo (2), aut ille beneficio divisionis renunciaverit (3).

3 *Vel alter debitum accipien-*

(1) *L. 10. tit. 1. l. 10. Nov. Recop.*

(2) *L. 10. tit. 12. P. 5.*

(3) *L. 70. tit. 18. P. 3.*

do, vel alter solvendo omnium perimit obligationem) His verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Idemque quod de solutione dicendum de aliis modis quibus obligatio tollitur, *infr. tit.* 30. *hujus lib.*

4. Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l.* 10. *hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l.* 32. §. *pen. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quod facile evenire potest, si unus pure, alius in diem debeat juxta §. *seq.* quæ fusius explicantur a D. Donello ad *tit.* C. *de duobus reis*, *cap.* 7. & 2. *seqq.* ¿Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accomodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte., quæ ad alios pervenit, *l.* 2. C. *hoc tit.* Ita visum Interpretibus communiter, & sæpe judicatum est, testibus Anton. Fab. C. *suo hoc tit.* *defin.* 1. Christin. *volum.* 3. *decis.* 214. & *volum.* 4. *decis.* 178. contra quam tamen sententiam disputat idem Anton. Faber. 11. *conject.* 6. & *seqq.* Sane *d. l.* 2. commode accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exigit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Bart. in *l. reos* 11. *hoc tit. n.* 9. Wesembec. *parat. eod. n.* 7. Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, arg. *d. l.* 11. *hoc tit. l.* 62. *ad leg. Falcid. l.* 34. §. 1. *de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura & de die & conditione.

2 *Ex duobus reis prommittendi, alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.*

COMMENTARIUS.

4 Duo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l.* 15. *hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l.* 9. §. 1. *eod.* At vero ut eodem modo uterque oblige-

tur necesse non est : sed potest alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florentino in *l. 7. eod.* refert *hic* Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ vero a modo & tempore est imparitas, ea veniente die, aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quominus duorum reorum contracta obligatio, & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ultim.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento, & frequentissime in mutuo fit.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Dig. lib. 45. Tit. 3.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

1 *Servus ex persona domini jus stipulandi habet* (1). *Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet, ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati; ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.*

TEXTUS.

Cui acquirat.

1 *Sive autem domino* (2), *sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.*

De stipulatione facti.

2 *Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat: ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

De servo communi.

3 *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro*

(1) *L. 7. tit. 11. P. 5.*

(2) *L. 7. tit. 11. P. 5.*

portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatin alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res quam dari stipulatus est, unius domini sit.

Hic quatuor textus interpretem non desiderant, & sat inutiles.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

1 Præcessere duæ stipulationum divisiones, quarum prima ducta est a diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §. 2. *sup. de verb. obli.* altera a diversitate materiæ rebus scilicet & factis, quæ in stipulationum deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. d. tit.* Profertur *hic* & tertia ex *l.* 5. *eod.* quod aliæ sint judiciales aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema a cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse a causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias: *Quæ invitis pro auctoritate Prætoris aut Judicis injunguntur*; voluntarias: *Quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium*; quæ veteribus dictæ sunt *conventionales*, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d. l.* 5. *pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ quam judiciales.

1 *Judiciales sunt duntaxat, quæ a mero Judicis officio proficiscuntur; veluti de dolo cautio; vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ a mero Judicis officio*) Seu quas Judex pro officio

suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam, nam tum demum Judex quis esse incipit, *l. un. C. de lit. cont. l.* 1. *C. de judic.* Alio sensu; atque *hoc loco* judiciales dicuntur in *l.* 1. *de præt. stip.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit, seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nunciatione quæ species sunt prætoriarum. Ulpianus namque in *d. l.* 1. prætorias stipulationes subdividit in judiciales, cautionales, & communes: unde quas *ibi* appellat judiciales, & communes, necessum est esse prætoriarum species. Stipulationum judicialium plures sunt species, sed duæ tantum *hic* afferuntur, de dolo cautio in actione in rem, vel quod metus causa, nam Judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse *l.* 20. *l.* 45. *de rei vind.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l.* 69. §. *ult. de leg.* 1.

TEXTUS.

De prætoriis.

2 *Prætoriæ sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæ a jurisdictione Prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1 *A mero prætoris officio*) Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis Magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod *hoc loco* scriptum est & *l.* 1. §. 2. & 4. *de stip. præt.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti, & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, *l.* 7. *de damn. inf. tit. ff. ut leg. non cav.* & *tit. ut in pos. legat.*

2 Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam Judices à Magistratu dari desierunt, idemque nunc Judex, qui Prætor seu Magistratus, de quo *inf. in pr. de act.* loquemur. Distinguunt vero nunc Interpp. inter officium Judicis nobile, quod est Judicis qua Magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, qua Judex & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt: *Quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, l.* 4. *de jurisd.* judiciales: *Quæ*

post litem contestatam instituti judicii promovendi causa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3 *Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu Judicis, neque jussu Prætoris, sed ex conventione contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerint) rerum contrahendarum.*

Hic textus nulla indiget expositione.

TEXTUS.

De communibus.

4 *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo (nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum Judex, si aliter hæc res expediri non potest), vel de rato stipulatio.*

COMMENTARIUS.

1 Stipulationes communes sunt: *Quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut Ædilis interponuntur, interdum jubente Judice, l. 5. in pr. vers. communes.* Hujus generis duæ *hic* commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l.* 1. §. 2. *de stip. præt.* utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori & eo quod regulare est, rem æstimans.

2 *Rem salvam fore pupillo*) Hæc stipulatio regulariter jussu Prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor, pignoribus captis aut multa indicta coërcetur, *supr.* in *princ. de satisd. tutor. & curat.* junct. §. 3. *eod.* Sed finge, debitorem pupilli conventum a tutore, post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse, non satisdedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere; utique audiendus erit, arg. *l.* 3. C. *de tut. qui sat. non ded.* & officio Judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria Magistratus sunt & jurisdisdictionis, si de his principaliter agatur, ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad Judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l.* 1. C. *de ord. jud.*

3 *Vel de rato stipulatio*) Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc itidem regulariter jussu Prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum, qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario, hanc Judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur in *l.* 40. §. *pen.*

de procur. (1), lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l.* 1. C. *de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ: post litem contestatam non opponendis, *l.* 4. *C. de jurisd. l.* 13. *C. de procur.* (2): quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii: cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *l.* 24. *C. de procur.* (3).

TITULUS VIGESIMUS.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Cod. Lib. 8. *Tit.* 39. (4).

1 Hactenus visum, quo modo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen *hoc loco* instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. oblig.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve; aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ *hoc tit.* explicantur. Ex his autem causis, fit ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *infr. de except.*

(1) *L.* 9. *tit.* 3. *P.* 3.
(2) *D. l.* 9. *tit.* 3. *P.* 3.
(3) *L.* 20. *tit.* 5. *P.* 3.
(4) *Tit.* 11. *P.* 5.

TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest: sive ea mobilis sit, sive soli.

COMMENTARIUS.

1 *Dominio nostro subjicitur*) Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l.* 73. *de verb. obl.* (1).

2 *Sive mobilis sit, sive soli*). Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti usufructus & servitutes prædiorum, §. 1. *sup. de usuf.* §. *ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur, verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ultim. de verbor. oblig.* (2).

TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

1 *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio* (3).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. & *seq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam & leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio: uno si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l.* 35. *de verb. obl.* (4); eoque pertinet regula juris *l. impossibilium* 185. *de div. reg. jur.* Dum autem in *textu* dicitur: *Aut esse non potest*, particula disjunctiva *aut*, sumitur pro conjunctiva, ut interdum fit, *l.* 35. *de verb. sign.* Altero, si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l.* 94. *l.* 115. *de verb. obl.* Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, quæ com-

(1) *L.* 20. *d. tit.* 11. *P.* 5.
(2) *L.* 12. *eod.*
(3) *L.* 21. *eod.*
(4) *D. l.* 21.

mercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ. De primo genere agitur *hoc* §. de reliquis §. *seq.* Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l.* 94. & *d. l.* 115. *pr.*

2 *Quod in rerum natura non est*) Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est; quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt, sed desierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ &c. *l.* 1. §. 9. *de obl. & act. l.* 69. *de verb. obl.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l.* 103. *de verb. obl.* §. 4. *sup. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l.* 69 (1). Plane si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l.* 83. §. *pen. eod.* Quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuam, *l.* 29. *l.* 91. §. 3. *eod.*

3 *Hippocentaurum, qui esse non possit*) Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cicer. 2. *de nat. Deor. cap.* 2. ¿ *Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuisse putat*? Lucret. *lib.* 5. *vers.* 878.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Plinius tamen *lib.* 7. *cap.* 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum utut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui iidem & hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poëtæ fabulantur) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra, partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2 *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat; vel publicam, quæ usibus populi per-*

(1) *D. l.* 21. *tit.* 11. *P.* 5.

petuo exposita sic, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est (1). *Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit:* ¿ Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? & *similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Secundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt, verbi causa, columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cum alii habeant, ut id exposuimus in §. 4. *de legat. n.* 1. Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

2 *Si rem sacram &c.*) Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l.* 83. §. 5. *l.* 103. *de verb. oblig.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore, aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l.* 103. (2): quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura.

3 *Quam humani juris esse credebat*) Eodem modo mox *quem servum esse credebat.* Et similiter Cajus *l.* 1. §. 9. *de oblig. & act.* ¿ An ergo si sciebat stipulator, rem esse divini juris, hominem liberum esse &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba *hic* & *apud Cajum* expressa videantur. Sed recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non sal-

(1) *L.* 22. *tit.* 11. *P.* 5.

(2) *D. l.* 22.

tem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest: quoniam tum non modo ratione materiæ, verùm etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, arg. *l.* 31. *de oblig.* *& action.*

4 Sed ¿quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat? ¿an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest, deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in *locis omnibus*, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet, emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l.* 4. *l.* 62. §. 1. *l.* 70. *de contr. empt.* §. *ult. infr. de empt. & vend.* Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, dicendum videtur, nomine doli adversus promissorem agi posse.

5 *Cujus commercium non habuerit*) Hic ex integro acommodanda quæ in simili argumento diximus in §. 4. *de legat.* quia legatarius & stipulator similes per omnia sunt; proindeque si stipulator commercium rei habuerit, valebit stipulatio: non alias.

6 *Vel rem suam*) Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. 14. *infr. de action.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l.* 82. *de verb. oblig.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l.* 82. Sed & rem furtivam dominum a fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l.* 29. §. *ult. de verb. oblig.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. 14. *de act.*

7 *Nec in pendenti &c.*) Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur *hoc. vers.* & apud Paulum *l.* 83. §. 5. *eod.* (1), estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, arg. *l.* 41. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 29. *de div. reg. jur.* Ergo nec si stipulator post-

(1) *D. l.* 22. *tit.* 11. *P.* 5. *vers.* E aun.

ea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerit separata, *d. l.* 41. §. 1.

8 *Licet initio utiliter &c.*) Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur; sed etiam si quid recte atque utiliter promissum, postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipulationem sxtingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit, utputa, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet, cum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *l.* 51. *l.* 83. §. 5. *vers. nam & cum, de verb. oblig.* (1). Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, a quo non poterant incipere, *l.* 11. *de servit. l. pen.* §. *ult. de verb. oblig.* Vide notata sub. §. 14. *supr. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris; sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l.* 83. §. 6. *l.* 17. *de oblig. & action.* Rationem diversi juris reddidi sub §. 6. *supr. de legat.*

¿Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l.* 41. §. 4. *de legat* 1.

9 *Sine facto promissoris*) *d. l.* 83. §. 5. (2). Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si mora debitoris id contigerit, per ea quæ nuper diximus §. 1. *hoc tit. num.* 2.

10 *Lucium Titium, cum servus erit*) Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio: ¿*Illum, cum servus erit, dare spondes*? item: ¿*Eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes*? Nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur; quoniam non solet ea mutatio contingere sine inte-

(1) *Arg. l.* 13. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* E si pro ventura.

(2) *L.* 18. *tit.* 11. *P.* 5.

ritu civitatis, quod Paulus *d. l.* 83. §. 5. & Pomponius *l.* 34. §. 2. *de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi.

11 Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolute & natura sua commercio exemptæ sunt: ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio: nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim ea, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditione legari possint, *l.* 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l.* 31. *l.* 98. *de verb. oblig.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l.* 41. §. 2. aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l.* 98. *de verb. oblig.*

12 Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur, *l.* 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l.* 78. *de verb. oblig.* Sed hoc recte dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet, §. 4. *supr. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3 *Si quis alium daturum facturumve quid promisserit, non obligavitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit obligatur.*

COMMENTARIUS.

1 Qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l.* 3. *C. ne ux pro marit.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat; altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *l.* 83. *in pr. de verb. oblig.*

2 *Quod si effecturum se*) Aut *se curaturum*, ut alius det, promiserit, in tantum tenebitur, quantum ut alter daret, curaturum se promisit, per *l.* 83. *in pr. de verb. oblig.* & *l.* 73. *de legat.* 1.

quia iste non tam factum alienum, quam suum promittit.

3 Interdum sane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum &c.* quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l.* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem haber.* Similia exempla occurrunt in *ll.* 38. 81, & 83. *de verb. oblig.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur.

4 „In Hispania doctrinam „*hujus textus* probat, *l.* 11. *tit.* 11. „*P.* 5. Eam tamen correctam „censemus per *L.* 1. *tit.* 1. *L.* 10. „*Nov. Rec.* ut recte docent Pichar. „in *hoc* §. *a num.* 22. Azev. in *d.* „*l.* 2. *num.* 41. *cum seq.* Ayllon, „ad Gomez 2. *variar. cap.* 10. „*num.* 24. plures laudans, licet „ipse Gomez contrarium *ibi* sentiat. Quare attenta *hac lege*, „qui alium daturum promiserit, „obligabitur tamquam si de se „promisisset.

TEXTUS.

De eo, in quem confertur obligatio vel solutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cujus juri subjectus est, stipuletur nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur:* ¿Mihi, aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure contingat; sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cuyus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio: sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens; aut ipse obligatur: aut alium obligat; ita nec alteri stipulando, aut sibi aut alteri obligationem acquirit, *l.* 38. §. 17. *de verb. oblig.* §. *alteri* 18. *infr. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa; non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest, ut vero alteri detur, nihil interest; nostra *d. l.* 38. §. 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conven-

tiones, §. *pen. sup. per quas person. l.* 73. *in fin de div. reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit: *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur), *inanem actum nostrum efficiunt: & ideo*, inquit, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcumque* 11. *de oblig. & act.*

2 Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim, quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum heredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l.* 38. §. 17. Sed & heredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *d. l.* 38. §. 12. & §. 14 *de verb. oblig. l. avus* 33. *de pact.* nec tantum cum nobis simul & heredibus nostris stipulamur, sed etiam cum heredibus solis: utique jure novo ut actio ab heredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hered.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis, & nonnunquam procurator.

3 *Solutio etiam in extraneam personam*) Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod *hic* dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

4 *Mihi aut Sejo dare spondes*) Conferri in alium solutio, seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur: ¿*Mihi aut Sejo decem dare spondes*? ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur: in persona stipulantis ac acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l* 56. §. 2. *l. ult.* §. 3. *de verb. oblig.* Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid promissori, quid denique Sejo adjecto; tot enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore *hoc loco, & d. l. ult.* §. 3. traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo

summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecti impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat.

5 Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut *hic* expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *l.* 71. *de solution.* Hoc amplius, etiam invito & prohibente stipulatore, solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *l.* 12. §. *pen. de solut. l.* 16. *de fidejuss.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte solvitur, *l. 9. de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupilo; placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *l.* 11. *d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cum nihil intersit, jubeam, te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *l.* 59 *eod.*

6 Quod attinet ad Sejum adjectum, nihil ei debetur; sed tantum ipsi solvi potest, atque ea solutione liberabitur promissor. Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *l.* 6. *mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet; & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit, placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, *l.* 10 *de solut.* Habet quidem aceptilatio vim solutionis: habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita: sed tum solummodo, cum a creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est.

7 Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino recte solvatur, nisi ex voluntate servi, *l.* 9. *l.* 95. §. 7. *de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcunque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dan-

do liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *d. l.* 95. §. 7. & qui adjectus procuratori similis est, nec heredi ejus recte solvitur: quippe cum mandatum morte finiatur *de l.* 55. *verbor. oblig.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas intercidit statu ejus in deteriorem causam mutato, *l.* 38. *de solut.* & etiam lite cum stipulatore contestata, *l.* 16. *de fidejussor. l.* 57. §. 1. *de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l.* 3. §. 11. *de pecul. l.* 29. *de novat.*

8 *Adversus Sejum habeat mandati actionem*) Hoc idem traditur a Scævola in *l.* 131. §. 1. *de verb. oblig.* & ideo receptum est: quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est.

9 *Si quis sibi & alii*) Cum stipulor dari decem mihi & Titio conjunctim, dimidia pars seu quinque duntaxat mihi debentur, ut *hic* ait Justin. quia hæc est vis orationis conjunctive, quasi dixissem: ¿*Mihi & Titio simul decem dabis*? Quoad Titium vero inutilis est stipulatio, quia alteri stipulari non possumus, & Titius non solutioni, sed obligationi adjicitur. Plane si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l.* 5. *comm. præd.* §. *ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est; sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l.* 64. *de contr. empt.*

10 *Qui tuo juri subjectus est*) Interdum qui verbis alteri stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf.* sub §. 19. Pertinent huc dominus & pater qui servum & filium in potestate habens, quos placet servo & filio recte stipulari, *hoc text. l.* 39. *de verb. oblig.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur, & ut in *hoc textu* dicitur, vox patris tanquam vox filii: servata tamen distinctione peculiorum quam tradidimus *lib.* 2. in §. 2. *per quas pers.* ut innuunt verba ultima *hujus textus.*

11 „In Hispania *hujus textus* sententiam probatam videmus in *l.* 7. *tit.* 11. *P.* 5. Cæterum eam quoque corrigit, *l.* 1. „*tit.* 1. *l.* 10. *Nov. Recop.* quam in „§. *præcedenti* laudavimus. Unde „hodie apud nos, si quis sibi & „Titio decem dari stipuletur sive paciscatur, & ipse quinque, „& Titius alia quinque petere „poterunt, Gregor. Lop. *glos.* 1. „*d. l.* 7. Gomez. 2. *var. cap.* 11. „*n.* 18. & comm. DD. qui merito idem dicendum censent, quando stipulator sibi aut Titio fuerit stipulatus, nisi appareat Ti-

„tium adjectum duntaxat esse „executioni sive solutioni: quo „casu nulla ipsi quæreretur actio, „sed tantum debitori jus esset „solvendi ei decem promissa eo„dem modo ac ex Romanorum „jure vidimus *sup. num.* 5. & *seq.* „juxta *l.* 5. *tit.* 14. P. 5. Gregor. „Lop. in *d. l.* 5. & in *gloss.* 2. „*d. l.* 7. Gom. *ubi sup. num.* 20. „Pichar. in §. 4. *hoc tit. num.* 27. „Azev. in *d. l.* 1. *a num.* 37.

TEXTUS.

De interrogatione & responsione.

5 *Praterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat; veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas.* Præsenti die spondeo. *Nam si hoc solum respondeas:* Promitto; *breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

COMMENTARIUS

1 Ad conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *pr. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latine interrogatus, respondeat Græce, §. 1. *supr. de verb. oblig. l.* 1. §. *ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondet obligatur, ut qui apte ad interrogatum responderit, *l.* 65. §. 1. *eod.* Sed & qui ita interrogatus: ¿*Dabis*? respondet: ¿*Quidni*? recte respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l.* 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur.

2 Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit): sed cum respondetur plus aut minus, placet, non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum qua-

tenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa, sive certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Ulpian *d. l.* 1. §. 4 *de verb. oblig.* inquiens: *Manifestum est, viginti & decem inesse.* Similiter si quis de re una interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat; aut ex converso, de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit; non in totum vitiatur obligatio, sed placet, promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. 5.

3 At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus, respondet se daturum sub conditione, vel in diem; vel sub conditione, aut in diem interrogatus, respondet pure, id est, sic ut expresse dicat, se statim daturum; hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, *hoc text.* Tam autem hoc casu, quam in illo quo plus aut minus quis promittit, quam interrogatus est, valet in totum stipulatio, si diversitas responsionis illico placuerit stipulatori, *d. l.* 1. §. 3. ubi Ulpian. generaliter ait: *Cum adjicitur aliquid: aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nec immerito, quia his casibus contrahentes quadantenus jam convenerant. Quod autem ait, *vitiatam esse obligationem*, intelligendum est pro parte duntaxat adjecta quando adjectio seu detractio fit non ratione modi seu qualitatis, sed materiæ seu rei promissæ, ut docet idem Ulp. in §. 4. *seq. d. l.* 1. & modo diximus.

4 Neque existimandum, id negare Imperatorem, cum *hic* ita proponit: *Inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat;* & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: *Si quis decem a te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum, quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est; & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem. Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Quare hoc exemplum

duntaxat secundum quid comparatur cum altero *huj. text.* in quo diversitas responsionis est ratione formæ, quo in casu in totum est inutilis stipulatio, per *d. l.* 1. §. 3. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicisim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l.* 52. *locat.* Gomez 2. *resol. cap.* 10. *num.* 4.

5 Conditio etiam tunc adjici intelligitur, cum quis de una tantum re interrogatus, disjunctim plures promittit; & e converso detrahi, quando de pluribus disjunctim interrogatus, unam tantum spondet, ut consideranti patebit: quare utroque casu in totum inutilis erit stipulatio, *d. l.* 1. §. 3. *l.* 83. §. 2. *de verb. oblg.* In summis vero, etiam hoc modo valet stipulatio, & minor summa debetur, *d. l.* 83. §. 3. Vid. Donel. in *ead. l.* 83. §§. 3. 4. & 5. & in *l.* 29. *in fin. eod.* ac Gom. 2. *resol.* 10. *num.* 4.

6 (*Neque enim necesse est &c.*) Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo: *Spondeo*, aut: *Promitto*, responsio ad universam conceptionem, atque ad omnia interrogata refertur, §. 17. *infr.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur.

7 In Hispania *l.* 26. cum *seq. tit.* 11. P. 5. idem omnino statuum quod ex jure Romanorum diximus, tam quando responsio incongruens est interrogationi ratione materiæ seu rei, quam ratione formæ seu qualitatis.

8 Negotium tamen hic quoque facessit famosa ac sæpe laudata *l.* 1. *tit.* 1. *l.* 10. *Nov. Recop.* quæ eadem est cum *l.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordinam.* quatenus sancit: eum teneri, de quo appareat, ipsum voluisse quoquo modo obligari. Hinc recte deducit Gomez 2. *var. cap.* 9. *num.* 4. *vers. Item quæro*, teneri in viginti, qui stipulanti decem viginti promisserit, insuper habito an diversitas responsionis placuerit necne interroganti. Idemque dicendum existimat *d. num.* 4. *ver. Quarta*, de promittente res plures interroganti de una: ea adductus ratione, quod animus promittentis patet, & in stipulante nequit considerari dissensus. Ratio equidem solida, & sententiæ *d. l.* 1. apprime consona, cui cum locus quoque esse videatur, quando stipulanti Stichum alternative, sive sub conditione, eundem simpliciter & pure promiseris; vel stipulanti unam rem, aliam diversam spoponderis, utique ex causa lucrativa (nam ita examinandæ hæ quæstiones), censerem, validas atque efficaces his casibus nasci turas obligationes, quæ te ad implenda promissa adstringerent. Sed refragatur hic Gomez *d. num.* 4. *vers. Secunda*: *Tertia*: *Quarta*: & *Quin-*

„ta, existimans dificere consensum partium, quem nos adesse putamus, qualem in prioribus exemplis agnovit ipse Gomez: eadem enim utrobique ratio. Sane laudata *l.* 2. quolibet consensu contenta est, etiam in absentem collato. Gregor. Lop. scrupulosus est custos *dd. ll.* *Partitarum* 26. & 27. dum in *glos.* 5. *l.* 26. sustinere contendit, integram earundem sententiam adhuc vigere post prædictam *l.* 1. *Nov. Recop.*

TEXTUS.

De his, qui sunt, vel habent in potestate.

6. *Item inutilis est stipulatio; si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur* (1). *Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii; filii vero familiarum aliis obligari possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Qui stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. *hoc tit.*, quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censentur: nemo autem sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de legat.* 1. *l.* 21. §. 3. *de fidejuss.* Hoc accipe quoad producendam obligationem civilem, de qua *hic* agitur, sive dominus a servo, sive pater a filio stipuletur: obligationem vero naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. *tit. seq.* *l.* 56. §. 1. *de fidejuss.* Sed si servus a domino, filius a patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l.* 56. §. *ult.* Et ¿an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino nascitur, *l.* 64. *de cond. ind.* sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri, qui debitores sunt: contra naturam vero obligationum est, ut hæ acquirantur debitoribus.

2 *Filii vero familiarum aliis obligari possunt*). Inter servum & filiumfamil. hoc interest, quod servus non tantum domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l.* 14. *de oblig. & act.* (2). Filius autem familias extra patrem & causam mutui tanquam paterfamil. omnibus aliis obligatur, *l.* 39. *eod. tit.* (3). Vid. *infr. tit. quod. cum eo, qui in alien. potest.*

TEXTUS.

De muto & surdo.

7 *Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam*

(1) *L.* 6. *tit.* 11. *P.* 5.
(2) *L.* 5. *tit.* 12. *P.* 5.
(3) *Arg. l.* 7. *tit.* 2. *P.* 3. & *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

est : quod & in surdo receptum est, quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit : sed de eo, qui omnino non audit.

1 Doctrina *hujus* §. clara est.

2 „In Hispania, *l.* 2. *tit* 11. „P. 5. principiis juris Romano„rum inhærens expresse probat „doctrinam *hujus textus*. Faten„dum tamen est cum Pichar. „*hoc* §. *num.* 13. correctam esse „celebri *l.* 1. *tit.* 1. *l.* 10. *Nov. Re„cop.* quæ, ut diximus *sup.* §. 5. „*hoc tit.* quolibet consensu in „quemcumque collato contenta est „ad inducendam obligationem. „Mutos enim & surdos consen„sus esse capaces traditur in ipsa „*l.* 2. *tit.* 11. *P.* 5. & omnibus „notum est. Consensum autem „manifestare queunt capite, hu„meris, aliove modo, quod uti„que sufficere ex mente, *d. l. Re„cop.* ibi : *O en otra manera*, „probat Gregor. Lop. in *gloss.* 4. „laudatæ *l.* 2. *tit.* 11. *P.* 5. Hæc „autem intelligenda non sunt de „mutis & surdis a nativitate, qui „cum sententiam actus intelligere „nequeant, obligationes istæ ad „eos non spectant, Gomez 2. *var.* „*cap.* 14. *num.* 29. Azeved. in *d.* „*l.* 1. *Recop. num.* 2. & 3. Mo„nendum tamen est, hanc obli„gationen non futuram verbo„rum, cum verba deficiant : vi„cem tamen ejus sustinere.

TEXTUS.

De furioso.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.* (1).

COMMENTARIUS.

1 In eadem causa cum furioso de quo agitur in *hoc text.* est & prodigus, verum cum de eo obligando agitur duntaxat : in acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *l.* 1. §. 12. *de oblig. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirire potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, *l.* 6. *de verb. oblig.* neque alio pertinet comparatio furiosi & prodigi in. *l.* 40. *de div. reg. jur.*

TEXTUS.

De impubere.

9. *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur : nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest* (2). *Sed quod diximus*

(1) *L.* 4. *tit.* 11. *P.* 5. *reg.* 4. *tit.* 54. *P.* 7.

(2) *D. l.* 4. *tit.* 11. *P.* 5.

de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus est, non multum a furioso distant, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

COMMENTARIUS.

1 Pupillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quàm alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. & con. tut.* qua de re dictum *sup. tit. de auct tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id *hoc loco* docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur.

2 Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans; est infantiæ proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos: atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, *l. 1. § 2. de adm. tut. l. 5. de div. reg. jur.* At enimvero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans: *Qui minor est septem annis, d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal.* (1). Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. Proximus infantiæ dicitur, qui septennium nuper superavit. Macrobius 1. in *Somn. Scip. cap. 6. Anno septimo plene absolvitur integritas loquendi.*

3 Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum; tum quia id jure expresse definitum non reperitur, tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Accursius ad *hunc locum*, & in *l. 1. de novat.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi: *Qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & di-*

(3) *D. l. 4.*

midium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse: *Quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium*: Quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censent Bart. & Cast. in *d. l.* 1. *de novat.* & communis est sententia, quam etiam sequitur Gomez 3. *var.* 1. *num.* 57. ubi eam in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus a quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

4 *Infans & infantiæ proximus non multum a furioso*) Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelligat quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l.* 1. §. 3. *l.* 32. §. *ult. de adquir. vel am. posses.*

5 Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo *hic* dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l.* 9. *de adq. vel. om. her.* dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere quod agitur, *l.* 1. §. 13. *de obl. & act. l.* 6. *rem puv. salv.* actum rei non intelligere, *l.* 5. *de div. reg. jur.* Cæterum cum & *hic* & *iisdem illis locis* proditum sit, eum qui infantiæ proximus est & stipulari, & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit: comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritete tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsultis *l.* 14. *de sponsal. l.* 1. §. 3. *de adquir. vel am. posses. l.* 32. §. *ult. eod.* (1)

6 *Idem juris; quod puberta-*

(1) *L.* 6. *tit.* 1. *P.* 4.

ti proximi) Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l.* 5. *de div. reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l.* 1. §. 13. *de oblig. & act. l.* 9 *de adq. vel om. her.* & *hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum* 111. *de div. reg. jur.* cum *similib.* Gomez 3 *resol. num.* 57. & cum infantiæ proximus, cum, remoto tutore, de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur.

7 De quæstione quid habendum sit, videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant *hic textus*, & supra *citati loci*, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronunciat, nullum esse eorum animi judicium, §. 1. *supr. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua ibi agitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in nullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur.

8 Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l.* 25. §. 1. *quand. dies leg. l.* 21. *ad leg. Falcid. l.* 95. §. 2. *de solut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *l.* 127. *de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur, *l.* 1. *in fin de novat.* Deinde, si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l.* 3. §. 4. *de neg. gest. l.* 5. *pr.* & §. 1. *de auct. tut.* (1).

9 Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non

(1) *L.* 4. *tit.* 11. *P.* 5.

eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act.* In personam autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente, sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. 41. de cond. ind. l. 59. de obl. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus, obligationi vis omnis deducta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accesiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *supr.* ad *rubr. de obl.*

10 Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligentur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio (1). Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l. 3. C. de in int. rest. minor* (2): cui e diametro obstare videtur *l. 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum, tanquam correlatorum, exprimere. Probabilis videtur sententia Tim. Fabri *anniv. disp. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatoribus suis &c.* sic interpretantis, sine curatoribus suis præsentibus, id est, non sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, *l. 9. §. pen. de auct. & cons. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat.

11 *Ne auctore quidem patre obligatur*) Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus, ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli per-

(1) *L. 5. tit. 11. P. 5. vers.* Otrosi.

(2) *D. l. 4. in fine.*

tineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut probinde nunquam e re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet; nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse permittat. Plane cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l.* 18. *in fin.* C. *de Jur. delib. l. ult.* §. 4. *in fin.* C. *de bon. quæ lib. &c.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10 *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit:* ¿Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur:* Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest* (1).

Textus iste planus est, & de ejus argumento abunde locuti sumus *sup.* §. 10. *de her. inst.*

TEXTUS.

De absentia.

11 *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus; ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses Advocatus scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur, improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam, vel per testes idoneos adprobaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter absentes concepta inutilis est*) Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente perspicuum est, absentem non magis quam mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, *l.* 1. *pr. de verb. obl. l.* 3. C. *hoc tit.* Absentes varie pro lo-

(1) L. 18. tit. 11. P. 5.

eo dicuntur : hic sunt, qui invicem audire non possunt, *d. l.* 1. *de verb. obl.*

2 *Propter celeritatem dirimendarum litium*) Voluit Justinian. ad amputandas lites in *l. optimam* 14. C. *de contr. stip.* fidem haberi scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur, partes præsentes fuisse, nisi qui contradicit, manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet vero illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut Judici fidem faciat, per *l.* 18. C. *de probat.* DD. ad *d. l. optimam.* 14. C. *de contr. stip.* Præsumitur itaque vera hujusmodi scriptura.

3 Quæ tamen præsumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio; sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento præsumptionem Interpretes appellant *præsumptionem veritatis*, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur *solemnitatis*, de qua *infr.* §. *si scriptum* 16.

4 *Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum*) Facti quod tempore & loco circunscribitur, negatio probari potest: veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse, aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, *l.* 23. C. *de probat.* id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quanquam ne sic quidem revera quicquam probat: quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum.

5 „In Hispania *hujus* §. in„tegra sententia, duas præcipue „propositiones continens, confir„mata fuit *l.* 32. *tit.* 11. *P.* 5. At „licet posterior ex iis, quæ præ„sumptionem pro veritate instru„menti statui, incorrecta ma„neat, & stabilita quoque appa„reat in *l.* 117. *tit.* 18. *P.* 3. „priorem tamen, quæ inutilem „dicit stipulationem inter absen„tes conceptam, corrigit toties lau„data *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Re„cop.* quæ stipulationes cum pa„ctis adæquat, & obligationem „inter absentes probat, ibi: *En„tre ausentes*, quod & monet „Pichar. *hic n.* 5. & Azev. in *d.* „*l. num.* 20.

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12 *Post mortem suam dari sibi nemo stipulare poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quam moriar, *vel:* ; Pridie quam morieris, dare spondes? *inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat* (1).

De argumento *hujus* §. locati sat sumus in §. 35. *de legat.* idem namque olim jus erat, & nunc est in casibus *hic* relatis, in legatis, ac in stipulationibus.

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13 *Item si quis ita stipulatus erat:* Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo inclitæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

(1) *Arg. l.* 12. *tit.* 11. *P.* 5.

COMMENTARIUS.

1 Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ: ; *Si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præposteræ dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis. Atque idcirco, tanquam futiles & manifestam contradictionem implicantes, improbatæ apud veteres.

2 *Sed cum leo*) Cum præposteræ stipulationes in dotibus a Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis læve diem: posterius Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proin-

de exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l.* 25. *C. de testam. & quemad.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14 *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat:* ¿Cum moriar, dare spondes? *vel* cum morieris? *& apud veteres utilis erat & nunc valet* (1).

15 *Item post mortem alterius recte stipulamur.*

De doctrina *hujus* §. 14. vide dicta in §. 35. *de legat.* Ea vero, quæ in §. 15. traditur, clara omnino est.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16 *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

1 Pro instrumento duplex præsumptio est: una, quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifeste doceatur, §. 11. *supr. eod.* altera, quam appellant præsumptionem *solemnitatis*, quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur: tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l.* 30. *de verb. oblig.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, *l.* 7. §. 12. *de pact.* Donell. ad *d. l.* 30. *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17 *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat:* Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur* (2). *Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari & ad singulas respondere debemus.*

COMMENTARIUS.

1 Res plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti: ¿ *Stichum & Pamphilum dare spondes?* ¿ *Servum fugitivum non*

(1) *D. l.* 12. *tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 24. *tit.* 11. *P.* 5.

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12 *Post mortem suam dari sibi nemo stipulare poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quam moriar, *vel:* ¿ Pridie quam morieris, dare spondes? *inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat* (1).

De argumento *hujus* §. locuti sat sumus in §. 35. *de legat.* idem namque olim jus erat, & nunc est in casibus *hic* relatis, in legatis, ac in stipulationibus.

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13 *Item si quis ita stipulatus erat:* Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo inclitæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

1 Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ: ¿ *Si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præposteræ dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis. Atque idcirco, tanquam futiles & manifestam contradictionem implicantes, improbatæ apud veteres.

2 *Sed cum leo*) Cum præposteræ stipulationes in dotibus a Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis ave diem: posterius Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proin-

(1) *Arg. l. 12. tit. 11. P. 5.*

de exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l.* 25. *C. de testam.* & *quemad.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14 *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat:* ¿Cum moriar, dare spondes? *vel* cum morieris? & *apud veteres utilis erat* & *nunc valet* (1).

15 *Item post mortem alterius recte stipulamur.*

De doctrina *hujus* §. 14. vide dicta in §. 35. *de legat.* Ea vero, quæ in §. 15. traditur, clara omnino est.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16 *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

1 Pro instrumento duplex præsumptio est: una, quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifeste doceatur, §. 11. *supr. eod.* altera, quam appellant præsumptionem *solemnitatis*, quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur: tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l.* 30. *de verb. oblig.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, *l.* 7. §. 12. *de pact.* Donell. ad *d. l.* 30. *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17 *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat:* Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur* (2). *Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari* & *ad singulas respondere debemus.*

COMMENTARIUS.

1 Res plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti: ¿*Stichum* & *Pamphilum dare spondes?* ¿*Servum fugitivum non*

(1) *D. l.* 12. *tit.* 11. *P.* 5.

(2) *L.* 24. *tit.* 11. *P.* 5.

esse, erronem non esse, furem non esse, spondes? vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut: ¿ *Summam illam*, aut *Acervum illum pecuniæ dabis?* ¿ *Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ: hìc ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l.* 29. *l.* 86. *de verb. oblig.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente: *Dabo*, obligatio recte constituta sit. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est, plures hìc intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet, unam & hìc responsionem sufficere; quippe simpliciter respondendo: *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, §. 5. *supr. eod.* Itaque in una illa responsione plures responsiones continentur. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: ¿ *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18 *Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, est comprehensum, committatur pœna stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur:* ¿ Titio dari? *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam:* ¿ Nisi dederis, tot aureos dare spondes? *tunc committitur stipulatio.*

COMMENTARIUS.

1 Qui alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiose, adjectis aliquot cautionibus, sub §. 4. *supr. eod.* Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur *hoc loco* & apud Jurisconsultum in *l.* 38. §. 17. *de verb. oblig.* ratio, qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certe non minus nobis consulatur. Ea est, ut si qui

alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat id quod promisit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil intereet.

2 *Pœnam stipulari conveniet.*) Tria *hoc loco* & *d. l.* 38. §. 17. de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum, pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde, pœnam existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo, quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an vere omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cum sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l. 61. l. 69. de verb. oblig.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æque atque illa principalis est; ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cum nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. pen. eod.*

3 Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *ag. l. 131. de verb. sign.* Donell. ad *d. l. 69. de verb. oblig.*

4 Alterum, quod *hic* discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo, proprie id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur: *Quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Un-

de intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus.

5 Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur, & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non inspici quid intersit, sed quæ sit quantitas, ut ostendimus *supr.* in §. *ult. de verb. oblig.*

6 , In Hispania probata est , sententia *hujus* §. *l.* 38. *tit.* 11. , *P.* 5. junct. *l.* 7. *eod.* Sed qua , parte hæc improbat stipulatio- , nem alteri factam, corrigitur , per famosam *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. , *Nov. Recop.* ut monuimus *sup.* , §. 4. *hoc tit.* Insuper, taxatæ , sunt *l.* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *For.* , *Reg.* pœnæ adjectæ stipulatio- , ni, ut nempe duplum non ex- , cedant, dum promissio in quan- , titate non consistit; nec tri- , plum, si in quantitate consti- , terit, & ita ut in duplo aut tri- , plo contineatur simplum, seu id , quod promissum est.

TEXTUS.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19 *Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

COMMENTARIUS.

1 *Cum ejus interesset*) Cum dicimus, eum, qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus: nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei, in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, in *explicatione* §. 4. *hoc tit. Hic* posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l.* 38. §. 20. *de verb. oblig.* cujus exceptionis plurima traduntur exempla in *d.* §. 20. & *seqq.* tria in *hoc textu*, quæ clara sunt; & ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismetipsis stipulari videmur. *l.* 118. §. *ult. eod.*

2 „In Hispania stipulatio al„teri facta utilis est, insuper ha„bito intersit necne stipulatoris, „ut sæpe diximus ex *l.* 1. *tit.* 1. „*lib.* 10. *Novi Recop.*

TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20 *Vice versa, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

COMMENTARIUS.

1 Facti alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *sup.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, fecerit ve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur.

2 „Quoad Hispaniam attinet, „recole quæ diximus *sup.* §. 3. „*hoc tit.*

TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21 *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 2. *supr. eod.* Ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. 14. *inf. de act.* & translatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, *l.* 4. C. *de don. ante nup.*

TEXTUS.

De dissensu.

22 *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris* (1).

COMMENTARIUS.

1 Sæpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Consensum non esse, etiam error arguit. ¿Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l.* 15. *de jurisd.* *l.* 2. *de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut

(1) *L.* 27. *tit.* 11. *P.* 5.

est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l.* 32. *de verb. obl.* §. 29. *supr. de legat.* (1) In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l.* 15. *de jurisd.* & *d. l.* 2. *de judic.* Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. l.* 83. §. 1. *de verb. oblig.*

2 ¿ Quid autem si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia; verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem, *l.* 22. *eod.* quamvis emptio non valeat, *l.* 9. *in fin.* cum *l. seq. l.* 14. *in fin de contr. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit; emptor autem non potest videri consensisse in pretio, cum utique longe minoris æs quam aurum, acetum quam vinum empturus fuisset. Plane si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l.* 14. Quod si quis in causa promittendi erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l.* 36. *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De turpi causa.

23 *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* (2).

COMMENTARIUS.

1 Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l.* 26. & *l. seqq. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt, in stipulationem deduci non possunt: verum etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l.* 16. *eod. l. ult. C. de pact. l.* 4. *C. de inut. stip.* (3). Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *l.* 7. §. 3. *de pact.*

(1) *Arg. l. 6. tit. 9. P. 6.*
(2) *L.* 38. *tit.* 11. *P.* 5.
(3) *L.* 28. *tit.* 33. *eod.*

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte* (1).

Hic locum expositus est ad §. 4. *supra de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25 *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium prœterierit, quo traditio fieri possit.*

De argumento *hujus* §. locuti sumus *sup.* §. 2. *de verb. oblig.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. Lib. 46. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 41. *Nov.* 4. (2).

1 Obligatur quisque aut proprio nomine sive principaliter, aut nomine alieno sive accessorie, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est: Cujus *mandatu quis pecuniam credit certæ personæ*, §. 6. *infr. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus: *Qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto*, §. 9. *inf. de action.* Fidejussor: *Qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione.* Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de constitut. pecun.* & nov. 43. atque in plerisque eodem jure habentur. *Hoc loco* agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l.* 5. §. 2. *de verbor. oblig.*

2 In Hispania, cum nulla noscatur differentia inter pa-

(1) *L.* 14. *tit.* 11. *P* 6. *Nov. Recop.*

(2) *Tit.* 12. *P.* 5. *tit.* 1. *lib.* 10.

„ctum & stipulationem, ut no„tavimus in §. 1. *de verb. oblig.* „etiam solo pacto fidejussores con„stituuntur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentibus sibi cautum sit (1).

COMMENTARIUS.

1 *Pro eo, qui promittit, solent alii obligari*) Intellige, eo qui promittit, eodemque reo principali manente obligato (2): alioqui & expromissor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quandam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere posse.

2 *Qui fidejussores appellantur*) A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l.* 5. §. 2. *de verb. oblig.* & *alibi*, quia scilicet ad id quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur: *Qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo*, *l.* 7. §. 8. *de dol. mal.* cum *simil.* unde & a fidejussore passim distinguitur, *l.* 53. *de contr. empt.* *l.* 37. *in fin de oper. libert.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. l.* 7. §. 8. *de dol. mal.*

3 Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores*. Cicero *ad Attic. lib.* 1. *epist.* 8. *Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* Species sponsorum sunt, qui dicebantur *prædes*, & item qui *vades*: de quibus vide, si placet, Festum, & Hering. *de fidejuss. cap.* 3. *num.* 43.

4 *Ut diligentius sibi cautum sit*) Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l.* 9. *in fin. de sup. leg.* Senec. *de benef.* 7. *cap.* 14.

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1 *In omnibus autem obliga-*

(1) *Princ.* & *l.* 1. *tit.* 12. *P.* 5.

(2) *D. l.* 1.

tionibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur (1), *sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.*

COMMENTARIUS.

1 Cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est, statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat; alioqui & hæc non tenebit; *l.* 6. *in fin.* & *pass. hoc tit.* Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit, tenet fidejussio, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. §. 1. & *seqq. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum, earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest; quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi, constante matrimonio, constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, *l.* 1. & 2. C. *ne fidejuss. dot. dent.*

2 Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *l.* 8. §. 5. *l.* 56. §. *ult. hoc tit.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam; nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum: at pœnæ corporalis nulla est restitutio; & ¿quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam postea subire? Postremo, nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l.* 13. *ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l.* 22. *C. de pœn.* (2).

3 Alia vero quæstio est, ¿utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat; an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam

(1) *L.* 5. *tit.* 12. *P.* 5.

(2) *L.* 9. *tit.* 31. *P.* 7.

delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia mulctatur, quanta scilicet vel cautione vel decreto Magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui Magistratus arbitrabitur (1). Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coërceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *ll.* 4. *&* 3. & 4. *de custod. & exhib. reor.*

4 Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. hoc tit* (2); licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civile habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. oblig.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis; quippe qui idem promittens, quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo *fidejubendi* in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum *d. l. 6. de verb. oblig.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quanquam alii aliter cum Donell. ad *d. l. 6. in fin.*

5 ¿Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis ut improbatum jure prætorio, & sine re atque effectu inutile, *l.* 112. *de div. reg. jur.* huc non pertinere. Unde quod in *hoc text.* de obligatione civili dicitur, de civili mixta intelligendum est.

TEXTUS.

De herede.

2 *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum* (3).

Doctrina *hujus text.* clara est: quia qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur, *l. 9. de probat.*

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3 *Fidejussor & præcedere*

(1) *Arg. l. 16. tit. 1. P. 7.*
(2) *L. 5. tit. 12. P. 5.*

(3) *L. 16. tit. 12. P. 5.*

obligationem & sequi potest. (1).

COMMENTARIUS.

1 *Et præcedere*) Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l.* 35. *de jud.* Neque fidejussorem antè conveniri posse, quam reus debeat, *l.* 57. *hoc tit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4 *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

(1) *L.* 6. *tit.* 12. *P.* 5.

COMMENTARIUS.

1 Plures fidejussores ejusdem rei, aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum teneantur, sive id nominatim convenerit, sive non, *l.* 3. C. *hoc tit.* quippe cum singuli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l.* 26. *hoc tit.* *l.* 3. C. *eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult.* C. *de pec. const.*

2 *Compellitur creditor a singulis*) Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, cum sine hac conventione idem contingeret, *l.* 3. *in fin.* C. *hoc tit.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures

fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat, *l.* 26. *eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit *hic locus*, & *d. l.* 26. Deinde, non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores, actionem non dividi, *l.* 43. *l.* 27. §. *ult. eod.* Postremo, hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pupill. salv. for.* ubi & ratio additur.

3 *Solvendo sunt litis contestatæ tempore*) Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* Altera, cujus *hic* fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l.* 51. §. 1. *eod.*

4 *Si ab uno fidejussore creditor totum &c.*) Si unus ex pluribus fidejussoribus, omissa exceptione beneficii divisionis, solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. 6. *infr. eod.* (1). Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l.* 39. *hoc tit. l.* 11. *C. eod.*

5 Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejuossores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l.* 17. *l.* 36. *hoc tit.* Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l.* §. 13. de *tut. & rat. dist.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum

(1) *L.* 11. *tit.* 12. *P.* 5.

condemnatus est, ab eo opponi potest, *l.* 41. §. 1. *hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris.

6 Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani *nov.* 4. *cap.* 1. unde *auth.* Præsente C. *hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu, fidejussori postulanti spatium temporis a Judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est, fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus, & condemnandus est, deinde facultates ejus excutiendæ bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. *de nov.* 4. *cap.* 1. (1). Quod si debitor notoriæ non sit solvendo, excusio non est necessaria, Gomez 2. *var. cap.* 13. *num.* 14. Plures laudans, *ubi* communem dicit, & plurimas alias exceptiones adduxit, uti & Aillon. in *suis Additionibus* ad *d. cap.* 13. *num.* 15. in quo longum catalogum tradit Doctorum, qui de his exceptionibus loquuntur. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut & superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l.* 3. *l.* 5. C. *hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excusisonis.* Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sic, necne.

7 Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate Prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l.* 1. *de stip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l.* 52. *de verb. oblig.* Anton Fab. C. *suo defin.* 5. *hoc tit.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit.

8 Quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem: *l.* 10. §. 1. C. *hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, &

(1) *L.* 9. *tit.* 12. *P.* 5.

qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam. Exceptio ordinis seu excussionis post litem contestatam opponi quoque poterit: quia peremptoriis videtur adnumeranda, *arg. l. 56. de cond. ind.*

9 Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renunciaverint; renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renunciare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata Notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis seu excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

10 ,In Hispania quid di-
,cendum sit quando dati sunt
, plures fidejussores; & de bene-
, ficio cedendarum actionum, tra-
, dimus *in nostra Illustratione*
, *lib. 2. tit. 17. num.* 10.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5 *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accesione potest esse quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

COMMENTARIUS.

1 Cum fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil Prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quam reus principalis, veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ excussionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. *hic*, Gomez 2. *resolut.* 13. *num.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est; fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* (1). In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l.* 8. §. 7. *eod.* (2): quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive plus quam reus princi-*

(1) *L. 5. tit. 12. P. 5.*

(2) *L. 7. eod.*

palis obligari potest, extensive non potest.

2 Cæterum de illo non satis inter Interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glosa & Bart. in *d. l.* 8. §. 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. *6. comm. 6.* Fachin. 8. *controv.* 51. Timæus Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem, Gomez 2. *resol.* 13. *num.* 2. Duar. ad *tit. de fidejuss. cap.* 3. vasq. 1. *illus quæst.* 40. Hering. *de fidejuss. cap.* 24. *num.* 52. & *seqq.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpianus *d. l.* 8. §. 7. *hoc tit.* eos, si in duriorem causam adhibiti fuerint: *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam*, *plane*, *prorsus*, *penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur, ipsove Ulpiano, *l.* 26. §. 3. *de cond. ind. l.* 3. §. 2. *in fin. de adm. tut. l.* 4. §. 3. *rem pup. salv. fore* Id ipsum suadet quod responsum est, fidejussorem in duriorem causam acceptum, contra juris formam acceptum intelligi, *l.* 49. *in fin. hoc tit.* ut proinde nula in parte fidejussio, quacumque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit.

3 Non obstat, *l.* 11. §. 1. *de pec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit. Illud majoris momenti est, quod in majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi reponsum sit *d. l.* 1. §. 4. Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit; nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *d. l.* 49. *in fin. hoc tit.*

4 *Accessio est principalis ob-*

ligationis) Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali, tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l.* 43. *de solut. l. cum principalis* 178. *de div. reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod *hic* docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen non possit ita obligari, ut plus quam reus principalis debeat: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali. In minus autem fidejussorem obligari, nihil impedit, *hoc text.*

5 Illud in transitu monere visum est, primo temporibus D. Augusti, & mox deinde Claudii, edictis interdictum fuisse, ne feminæ pro viris suis intercederent, *l.* 2. *ad senat Vallej.* & postea senatusconsulto Vellejano plenissime comprehensum esse, ne pro ullo intercederent feminæ propter sexus fragilitatem & periculum rei familiaris, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *d. l.* 2. §. 2. *eod.* (1). Cæterum sustinebitur fidejussio, si mulier, quæ pro extraneo intercesserit, fidejussionem suam post biennium ratam habuerit, *l.* 22. C. *eod.* (2): non autem si pro viro suo intercesserit, *auth.* Si qua mulier C. *eod.* Sed nec juvabitur auxilio senatusconsulti ea mulier, quæ ipsi renunciavit, *l ult.* §. *ult. eod. auth.* Matri C. *quand. mul. off. tut.* (3). Nec quæ aliquid accepit, ut fidejuberet, *l.* 23. C. *eod.* (4). Neque illa, quæ callide fuerit versata: quia, ut Impp. Pius & severus rescripserunt, decipientibus mulieribus senatusconsultum auxilio non est, *d. l.* 2. §. 3. *eod.* (5).

6 Si maritus & uxor simul in solidum sese obligaverint, non tenebitur uxor, nisi manifeste probetur pecuniam in propriam ipsius mulieris utilitatem expensam fuisse, *d. auth.* Si qua mulier C. *eod.* (6).

7 „In Hispania expresse cau-„tum est *l.* 7. *d. tit.* 12. *P.* 5. „fidejussorem acceptum in majo-„rem summam, quam reus prin-„cipalis debet, in concurrentem „obligari. Cæterum nullas & in-„utiles pronunciat *eadem lex* re-„liquas obligationes, quibus fi-„dejussores intenderent durius se-„se obligare, quam tenetur reus „principalis, puta ratione loci, „temporis, vel qualitatis seu for-„mæ obligationis. Hasce tamen „omnes fidejussorum promissio-„nes utiles & validas in totum „hodie censerem post latam ce-„lebrem *l.* 1. *tit.* 1. *l.* 10. *Nov.* „*Recop.* dum statuit validum & „obligatorium esse contractum seu „obligationem quoquo modo in-„itam, ibi: *En qualquier mane-„ra que parezca que uno se qui-„so obligar a otro.*

(1) *L.* 3. *tit.* 12. *P.* 5.
(2) *D. l.* 3.
(3) *D. l.* 3.
(4) *D. l.* 3.
(5) *D. l.* 3. ubi & aliæ exceptiones.
(6) *L.* 3. *tit.* 11. *lib.* 10. N. R.

8 „ De prohibita fidejussione
„ agricolarum, aliisque eorum pri-
„ vilegiis, late agimus in *nostra*
„ *Illustratione lib.* 2. *tit.* 17.
„ *nn.* 4. 5. & 6. de fidejussori-
„ bus uxorum *d. tit.* 17. *n.* 3.

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus eum.

6 *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l.* 10. §. 11. *mand.* Sed enim hoc ita si praecesserit mandatum, id est, si rogatus a reo sit, ut fidejuberet, *l.* 20. §. *d. tit.* aut cum reus praesens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui praesens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *eod.* Quod si vero pro eo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l.* 6. §. 2. *d. l.* 20. §. 1. Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l.* 4. *hoc tit.* ¿Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l.* 6. §. 2. (2).

(1) *L.* 12. *tit.* 12. *P.* 5.

TEXTUS.

Si fidejussor Graece accipiatur.

7 *Graece etiam fidejussor ita accipitur*, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ, *id est*, mea fidejubeo ego, *Sed etsi dixerit*, θέλω, *sive* βούλομαι *id est*, volo, *sed &* φημι *id est*, affirmo, *pro eo erit, ac si dixerit*, λέγω, *id est*, dico.

Hic text. nullam continet difficultatem.

TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8 *In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

COMMENTARIUS.

Doctrina *hujus* §. omnino consona est, §§. 11. & 16. *tit. praeced.* in quibus explicuimus praesumptiones veritatis & solemnitatis, quae pro instrumentis sunt.

(2) *D. l.* 22.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 30. (1).

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio; quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitam defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur. (2).

COMMENTARIUS.

1 Interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. sup. de oblig.* Litterarum obligatio est: *Cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit.* Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non recte diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id a Tabulario confectum sit, Gloss. in *l.* 3. C. *de non num. pecun.* Donell. *num.* 12. passim cautio a nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *l.* 1. & 3. *seqq. l.* 8. C. *d. tit.* Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum si creditori: nam sine conventione nulla est ex contractu obligatio, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Ex-

(1) *L.* 9. *tit.* 1. *P.* 5.

(2) *D. l.* 9.

igimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles: quales sunt: quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa, propter quam debeatur, *l.* 25. *in fin. de probat. l.* 13. C. *de non num. pec.* In emptoriis tamen inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solet. Add. Groenew. de *ll. abrog.* ad *l.* 25. §. *ult. de probat.*

2 Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet, hasce scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni, *d. l.* 25. *in fin. de probat. d. l.* 13. C. *de non num. pec.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus, contra confessionem suam venire potest; placetque, audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta, *d. l.* 25. *d. l.* 13. nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi.

3 Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra vero ad probationem solam nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, *l.* 14. *princ.* C. *de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, minusque ad obligationem valet, *l.* 3. 10. C. *d. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, plane obligatur, *hoc test.* & passim *d. tit.* C. *de non num. pec.*

4 Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita. I. condictio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, *l.* 7. C. *d. tit. l. ult.* C. *de cond. ex leg.* (1). II. querela seu denunciatio & protestatio de numera-

(1) *D. l.* 9. *tit.* 1. *P.* 5.

tione non facta (1): quæ denunciatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l.* 8. & *seq.* *l.* 14. §. *ult.* & *auth. seq.* C. *de non num. pec.* III. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. C. *eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d. l.* 3. (2). Ratio differentiæ significatur in *l.* 10. C. *eod.* quod facultate negandi reo concessa, non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l.* 23. C. *de probat.* (3). Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frecuenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis eesat: quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem, & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris (4).

5 Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l.* 3. C. *de non num. pec.* vel in factum detracta doli mentione, *l.* 9. C. *eod.*, atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garantigiatum, censet Gomez 2. *resol.* 6. *num.* 3. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necesitate solvendi adstringitur, *hoc text.* l. 8. *l.* 14. C. *d. tit.* (5).

6 Hæc ergo obligatio recte dicitur litterarum, seu ex litteris nasci: siquidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, necne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ad judiciorum expediendorum facilitatem maxime spectat: eademque fere ratione defenditur, qua usucapio & prescriptiones temporales, *l.* 1. *de usurp. & usuc.*

7 *Quæ nominibus fieri dicebatur*) Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quidquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, prescribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap.* 14. demonstrat. Et quia in his tabulis nomina debitorum scribebantur, factum est inde, ut debitum appelletur *nomen.* Sed obligatio quæ hinc nascebatur, in usu esse desiit, et admodum diversa est ab ea de qua agitur in *hoc textu.*

8 *Dum queri non potest*, *stri-*

(1) *D. l.* 9.
(2) *D. l.* 9.
(3) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 3.
(4) *D. l.* 9.
(5) *D. l.* 9.

ptura obligetur) Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto, suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. oblig. in pr.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *l.* 8. *C. de non num. pecun.* ¿Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in *l.* 3. & *l.* 14. C. *d. tit.* Gomez 2. *resol.* 6. *num.* 7. Ant. Perez in *d. tit.* C. *num.* 14. Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l.* 5. §. *ult. de dol. mal. excep.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l.* 3. C. *d. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Postremo, non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. C. *eod.* ergo nec lapsus bienni ei amplius adimere potest.

9 Sed hæc argumenta non satis probant. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt, qualis est exceptio non numeratæ pecuniæ. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, a quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est, sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l.* 2. §. 5. *de dol. mal. except.* Plane si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere: nemo est qui ambigat, Don. ad *l.* 8. C. *de non num. pec.* Anton. Fab. C. *suo*, *eod tit. defin.* 2. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo: Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maxime exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l.* 3. C. *d. tit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in *d. l.* 8. *l.* 9. & *d. l.* 14. C. *eod.*

10 Proculdubio itaque verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut nume-

ratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse: qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio e catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, *l.* 66. *l.* 112. *de div. reg. jur.*

11 Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In *l.* 10. C. *de non num. pecun.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad inmunitatem probationis minime restringi potest. In *l.* 8. C. *eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium quæstus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *l.* 14. *pr.* C. *eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hanc nostram sententiam tuentur Duar. ad *d. tit.* C. *cap.* 4. Donell ad *d. l.* 8. *n.* 21. & *seqq.* aliique plures citati a Fachin. 2. *controv.* 8.

12 *Ne ultra biennii metas*) Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit, pro quo Justinianus substituit biennium continuum; quod currere incipiat a tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *l.* 14. C. *de non num. pec.* junct. *l.* 2. C. *in quib. caus. in int. rest. nec. non est*; *l.* 1. *in fin. ex quib. caus. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ est, diversum nonnihil statutum *l. ult.* & *auth. seq.* C. *de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscunque ex caussis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, *d. l.* 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ a collatoribus solutionis prorsus non datur; *d. l.* 14. §. 1.

13 *In Hispania*) *l.* 4. *cum tit.* 28. *lib.* 11. *Nov. Recop.* gene-

,, raliter statuens, ut executionem ,, paratum habeant schedulæ, quæ ,, ab earum auctoribus recognitæ ,, sint coram Judice competente, ,, vel hujus mandatum coram Tabellione aut Apparitore, occasionem Interpretibus præbuit disputandi, an hodie apud nos ,, exclusa censeatur exceptio non ,, numeratæ pecuniæ, quando qui ,, scripto confessus est, mutuam ,, pecuniam se accepisse, chirographum coram Judice, Tabellione aut Apparitione recognoverit. Nos, cum hujusmodi exceptio ex tenore ipsius chirographi deducatur, exclusam non ,, intelligi probabilius censemus, ,, per ea, quibus Gomez 2. *var. cap.* ,, *6. n.* 3. & Molina *de just.* & *jur.* ,, *disp.* 302. probant, laudatam exceptionem intra biennium competere adversus instrumentum ,, garantigium, cui *d. l.* 4. schedulas recognitas comparat. At, si ,, quis necdum chirographum a se ,, fuisse scriptum, sed etiam debitum in eodem expressum certum ,, esse recognoverit, nullus erit exceptioni locus. Quia tunc præsumptio, qua exceptio nititur de ,, non facta numeratione, cessat omnino. Et insuper, quasi nascitur ,, nova obligatio ex debiti confessione, cum confessi pro judicatis ,, habeantur. Vela *diss.* 25. *at num.* ,, 32. post nudam recognitionem ,, chirographi locum exceptioni ,, dat, sed cum onere probandi eam.

14 ,, Sed nec exceptio competet, quando ei renuntiavit, qui ,, chirographum scripsit, licet in ,, ipso confessionis instrumento renunciatio facta appareat, *l.* 9. ,, *tit.* 1. *P.* 5. quo casu aliud ex ,, Romanorum jure dicendum videbatur, Greg. Lop. *gloss. fin. d.* ,, *l.* 9. Covarr. 2. *var. cap.* 4. *n.* 3. ,, ubi alterius docet, hanc constitutionem seu *legem* 9. quæ frequentissime in his Regnis servatur, ,, ita demum accipiendam esse, ut ,, reus qui renuntiavit, non possit objiecere exceptionem adhuc ,, intra biennium transferendo onus ,, probandi in adversarium; sed si ,, probare velit, pecuniam non ,, fuisse sibi numeratam, audiendus sit, juxta opinionem Accursii, aliorumque.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

1. Sequitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l.* 1. §. 3. *de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem con-

tractus & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio, venditio, locatio conductio, societas, mandatum: quæ singula singulis titulis explicabuntur. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone Imp. *l.* 1. C. *de jur. emph.*

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1 *Alter alteri obligatur in id quod ex bono & æquo*) His verbis indicatur quædam proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu; nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio ea tenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l.* 99. *de verb. oblig.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium Judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l.* 7. *de neg. gest.* §. 30. *infr. de act.* De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo *infra* sub §. 28. *de action.* Cætera quæ in hoc text. traduntur, clara omnino sunt.

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. lib. 18. & 19. *Tit.* 1. *C. lib.* 4. *Titt.* 38. & 40. (1).

1 Explicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maxime necessaria, teste Paulo *l.* 1. *hoc tit.* ubi scribit, originem emendi vendendique a permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre succurritur, causam esse quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Arist. 5. *Ethic.* 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse succedaneum & quasi sponsorem futuræ indigentiæ. Emptio & venditio est: *Contractus, quod id agitur, ut pro certa pecunia uni danda, alter rem accipiat.* Appellatur hic contractus *emptio & venditio*, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt, qui promiscue dicitur sive emptio, sive venditio. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur *merx*: pecunia, quæ pro re datur, *pretium*, *d. l.* 1. §. 1. *sub fin. hoc. tit.* Igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori, ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit.

TEXTUS.

De emptione pura. De arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit, nam quo arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectum esse venditionem

(1) *Tit.* 5. *P.* 5. & *titt.* 4. *lib.* 9 & 13. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

& *emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta: & si per Tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione* (1). *Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.*

COMMENTARIUS.

1 Ut primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 8. *de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* (2). Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus a consummatione, sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul autem ac emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. D. & C. de act. empt.* quæ traditio, si venditor dominus fuit, facit emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat, *l.* 11. §. 2. *de act. empt.*

2 Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emptoris interest, defungatur. In hac quæstione vera est sententia Bart. ad *l.* 1. *de act. empt.* Bald in *l.* 17. C. *de fide instr.* Gomez 2. *resol.* 10. *n.* 22. asserentium, venditorem cui potestas tradendi sit, omnino teneri actione ex empto rem ipsam tradere. Fundamenta potissima hujus sententiæ sunt. I. Rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur prætium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere. II. Ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit. III. Denique, ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere recusantis, cum possit, emptor probationi difficillimæ ejus quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. prat.* adstrin-

(1) *L. 6. tit. 5. P. 5.*

(2) *D. l. 6.*

gatur. IV. Quod Justinianus ait in §. 1. *hoc tit.* nempe, emptione perfecta & pretium omnino solvendum esse, & rem tradendam. Et alia plurima quæ facillime deducuntur ex *l.* 68. §. *ult. hoc tit. ll.* 2. 3. & 11. §. 2. *de act. empt. l.* 6. *C. de resc. vend. l.* 17. *C. de fid. instrum.*

3 In contrarium moventur Duar. *de in lit. jur. n.* 22. Donell. ad *l.* 4. *C. de act. empt.* Fachin. 2. *contr.* 30. aliique. Eorum rationes præcipuæ sunt quæ sequuntur. I. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id quod interest, *l.* 13. §. *ult. de re jud. l.* 72. *pr. de verb. oblig.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l.* 28. *d. l.* 72. *eod. tit.* II. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agi: venditorem non tradentem quanti intersit, condemnari, quasi alternativa sit venditoris obligatio, *l.* 1. *l.* 11. §. 9. *l.* 12. *de action. empt.* III. Hoc amplius diserte scriptum est in *l.* 4. *de action. empt.* Etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus fit, quominus res tradatur. Atque nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet.

4 Sed hæc argumenta nihil probant. Nam regula de obligationibus faciendi in primo relata, duntaxat exaudienda est de factis simplicibus, quæ in meris faciendi finibus consistunt; non in illis, quæ rei alicujus præstationem continent, & ad juris possessionisve translationem tendunt, ut monuimus *sup.* §. 7. *de verb. oblig. n.* 3. Non obstant textus in *l.* 72. *pr. l.* 75. §. 7. *de verb. oblig.* ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recte intuleris absolutam convenientiam. Secundo, in eo decepti sunt contrariæ sententiæ Auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg. l.* 17. *C. de fide instr.* Nam obligatio venditoris non est alternativa a principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio; non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens, eandem rem alteri vendendo. ¿Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l.* 21. *ad leg. Cornel. de fals.* Plane si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu Judicis; quo pertinet species *l.* 4. *C. de act. empt.* Ex qua tertium adversariorum argumentum desumitur. Itaque in hoc casu venditor in id

quod emptoris interest, condemnabitur, si emptor id petat: non alias.

5 *Argumentum est emptionis contractæ*) Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, *l.* 35. *pr. hoc tit.* (1). Datur autem arrha, vel simpliciter, ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l.* 11. §. 6. *de action. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cum arrha tantum ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l.* 11. §. 6. cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.*

6 Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea contrahentibus placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, *d. l.* 11. §. 6. junct. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cum ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, donatione arrharum neutrubi rem desinere esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, *l.* 58. *de pact. l.* 1. & *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* §. *ult. infr. quib. modis toll. oblig.* Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitutum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l.* 58. *de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d. l.* 1. & *l.* 2. *C.* & *d.* §. *ult.*

7 *In iis autem, quæ scriptura conficiuntur*) Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet; ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis, scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu sine scriptura perficeretur: nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usuvenit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500 solidos &c. *l.* 17. *C. de fid. instr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventio-

(1) L. 6. tit. 7. P. 5.

nem deducto scriptura confecta est (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam): verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur.

8 *Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit*) His verbis significare videtur Imp. etiam ab emptione jam perfecta licere cuique ex contrahentibus recedere, quando arrhæ datæ sunt, cum earum amissione, vel duplici restitutione: quod ita non est. Quare tenendum, dixisse Justinianum *celebrata sit* pro *celebrari cœpta*: quam esse ipsius mentem ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quandiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso apertet significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l.* 17. id elucet clarius verbo: *Super facienda emptione.* Item: *Non procedente contractu.* Item: *Qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respond. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d. l.* 17. (1). Et in ipso actu contrahendi, quandiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in *hoc tex.* neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit: accessionum quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat impune recedere.

9 Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas: quod minime ferendum est (2). ¿Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renunciare invito adversario non licere? *l.* 5.

(1) *Arg. d. l.* 7. *tit.* 5. *P.* 5.

(2) *D. l.* 7. *tit.* 5. *P.* 5. *vers. Pero.*

C. *de oblig. & action.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *l.* 58. *de pact. l.* 1. & 2. *C. quod. lic. ab emp. disc.* usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l.* 3. *C. de resc. vend.* (1).

10 Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat; quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: datur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc text.* & *l.* 35. *eod.* Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere.

11. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renunciare videtur, per *l.* 15. §. 8. *de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla *prædd. ll.* Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l.* 4. §. 4. *de re jud. l.* 28. *de action. empt.* Et sic etiam fit in proposito; nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri a priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joan. Fab. *hic*, Cyn. & Bart. in *d. l. contractus* 17. Donell. *ibid. num.* 12.

12 *Qui recusat adimplere contractum*) Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur *hic* positum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l.* 17. *circa medium.* Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium; impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

13 , In Hispania *l.* 2. *tit.* 10. , *lib.* 3. *Fori Reg.* probare videtur , opinionem, quam de jure Ro- , mano agentes modo rejecimus , *num.* 5. Cæterum clarius loquitur

(1) *L.* 61. *tit.* 5. *P.* 5.

„ *l.* 7. *tit.* 5. *P.* 5. faciens eandem
„ distinctionem, quam nos feci-
„ mus *sup. num.* 8. inter casum,
„ quo arrhæ datæ sint in argumen-
„ tum emptionis perfectæ, & eum
„ quo ita non sint datæ; ut hoc
„ casu locus pœnitentiæ emptori
„ sit amittendo arrhas; & vendi-
„ tori restituendo duplum ejus
„ quod acceperat, non vero in illo,
„ ibi: *O por otorgamiento, enton-*
„ *ce no se puede arrepentir nin-*
„ *guno de ellos, ni deshacer la*
„ *vendida que no vala*, Hermos.
„ in *d. l.* 7. *gloss.* 1. *num.* 11. &
„ *glos.* 3. Azeved. in *l.* 2. *tit.* 4.
„ *lib.* 5. *Nov. Rec. num.* 5.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto.

1 ***Pretium** autem constitui* ***oportet**: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio:* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto* (1). *Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & (in) conductionibus tradere.*

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* ita nec sine pretio, quod vicissim prestetur, emptio esse potest, *l.* 2. §. 1. *l.* 72. *eod.* ubi Papinianus ait: *Emptionis substantiam consistere ex pretio* (2). Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l.* 38. *eod.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *d. l.* 38. *hoc tit.* aut cum dicis causa, prætextu pretii quæsitio, res venditur uno nummo, *arg. l.* 46. *locat.* Plane si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet, valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, *d. l.* 38. In pretio duo desiderantur: unum, ut id certum sit; alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur *hoc* §. de posteriore. §. *seq.*

2 *Certum esse pretium debet*) Quandiu pretium incertum atque

(1) *L.* 1. & 9. *d. tit.* 5. *P.* 5.

(2) *L.* 10. *d. tit.* 5. *P.* 5.

indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditur sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Certum duobus modis dicitur vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur; vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor: *Quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo* (1). Nam licet hic pretium in præsentia occultum sit, & apud contrahentes, incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Justinianus: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. *pen. supr. de verb. oblig.*

3 ¿Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio*, aut: *Eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est: quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Gomez 2. *resol. num.* 9. Fachin. 2. *controv.* 1. Speciale vero est, ut valeat venditio quando res pignori vel hypothecæ subjicitur ea lege, ut si intra certum tempus pecunia non sit soluta, jure emptoris res possideatur justo pretio tuno æstimanda, ex constitutione Severi & Antonini, *l.* 16. §. *ult. de pign.* ea forte ratione quam adducit Gloss. in *d. l.* 16. ut scilicet facilius homines mutuam pecuniam inveniant, ita etiam Gomez *ubi supr.* Valebit quoque venditio hoc modo facta in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium, pretium Magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id quod certum est. Et hinc infert Gomez *d. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

4 *Inter veteres dubitabatur.*) Dubitatum olim fuit; an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Hanc quæstionem Justinianus *hoc* §. & *l. ult. C. eod.* ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo: *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, for-

(1) D. l. 10.

te jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constitutio (1). Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, *l.* 35. §. 1. *hoc tit.* (2); ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l.* 7. *in pr. eod.*

5 *Quanti ille æstimaverit*) (3). Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l.* 25. *pr. locat.* veluti: *Fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabunt*: aut: *Quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad Judicem vel certam personam, *arg. d. l. ult.* C. *hoc tit.* Pinell. *part.* 2. *rub. de rescind. vend. num.* 5.

6 *Omnino secundum ejus æstimationem.*) Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult.* C. *hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet, dicendum est, valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse (4). Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio Judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per Judicem corrigitur: instituta actione pro socio, *l.* 78. & *seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit Judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic* & in *d. l. ult. C. eod.* Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter occipi opportet, quod *hic* ait Justinianus, omnimodo secundum æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium Judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, *l.* 2. *C. de resc. vend.* (5) Inter quæ hoc interest, quod officium Judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio Judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium

(1) *L. 9. tit.* 5. *P.* 5.
(2) *D. l.* 9.
(3) *D. l.* 9.
(4) *D. l.* 9.

(5) *L.* 56. *d. tit.* 5. *P.* 5. *vers.* Otrosi, *cum seq.* & *l.* 2. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

justi prètii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio, *d. l.* 2. *C. de resc. vend.*

7 *Pro nihilo esse venditionem*) (1). Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l.* 75. *pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet; non esse recedendum a persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l.* 43. *de verb. oblig.* Neque hìc obstat, quod scriptum est *l.* 24. *pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. At in casu *nostri text.* certitudo pretii, quæ substantialis est contractui, alterius arbitrio committitur. In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l.* 12. *de div. reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *l.* 1. *de legat.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.*

8 „ In Hispania jus petendi „ rescissionem venditionis & con„ tractuum similium competens il„ li e contrahentibus, qui ultra „ dimidium justi pretii fuerit læ„ sus, quatuor annis a die con„ tractus numerandis terminatur, „ *l.* 2. *tit.* 1. *l.* 10. *Nov. Rec.* De eo „ plene tractamus in *nostra Illu„ stratione lib.* 2. *tit.* 10. *n.* 36.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν
οἶνον ἄγουσαι:

(1) *D. l.* 9. *tit.* 5. *P.* 5.

Ἔνθεν ἄρ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι......

Hoc est :

Advecta e Lemno tunc vina fuere carinis,
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi,
Ære micante alii, nitido pars altero ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis......

Diversæ scholæ Auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

COMMENTARIUS.

1 Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret: alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam a permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit.* & *hujus loci.*

2 *In numerata pecunia*) Alterum quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit, *hoc text. l. 1. §. 1. eod.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato, *l. 9. C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum spectamus, *l. 1. §. 13. depos.*

3 *Sabinus & Cassius etiam in alia re*) Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in

quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento: Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib.* 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno adventum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis. Sed quamvis concesserimus, verba, quibus Homerus utitur, necessario significare emptionem, & nunquam permutationem; tamen nec hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poëtæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum; & ideo Plinius *lib.* 33. *cap.* 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ *hic* memoratur, improprie loqui credendus est, cum dicit, Græcos *vinum emptitasse coriis boum* &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. cap.* 23. & *cap.* 42. cum *aliquod seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 7. *cap.* 56. scribit, Liberum patrem primum instituisse emere & vendere. Qui liber pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum Auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longe recentior fuisse fertur, Strabo *lib.* 8.

4 *Diversæ scholæ Auctores contra*) Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus a permutatione. Sic vero illi argumentabantur: In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor; ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione non discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec, utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse, & pretii nomine datam, *l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l.* 1. *de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l.* 1. *de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. I. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare; possessionem tradere, & purgari de dolo

malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l.* 1. pr. junct. §. 3. *eod.* II. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejusd. l.* 1. congruit *l.* 3. *C. eod.*

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3 *Cum autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est* (1). *Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.*

COMMENTARIUS.

1 Introducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propositis tit. in *D.* & *C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est: placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contingit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l.* 7.

(1) *L.* 23. *tit.* 5. *P.* 5.

l. 8. *de per. & comm. rei vend.* cum *similibus*, & *hoc text*... (1). Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: de quo uberius explicatum est in *princ. hujus tit.*

2 Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *l.* 7. *hoc tit. d. l.* 8. *de peric. & commod.* Itaque ubi pure res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit; ubi sub conditione, cum conditio extiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione, si res perit, hoc damnum ad venditorem pertinet; ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l.* 8. *de per. & commod. rei vend.* Discriminis ratio traditur a Dion. Gothof. in *d. l.* 8. quia nempe dum res vendita perit conditione pendente, retrotractionis fictio, quæ emptori nocere poterat, locum non habet ex defectu objecti cui hæreat: oppositum evenit quando res vendita deterior duntaxat est facta.

3 In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio; modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio sed aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ac de pretio convenit (2). Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *l.* 35. §. 5. *hoc tit. l.* 2. C. *de per. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l.* 1. *de peric. & commod. d. l.* 2. C. *eod.* (3).

4 ¿Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissime videri venisse vinum, cum

(1) *D l.* 23. *tit.* 5. *P.* 5.
(2) *L.* 25. *tit.* 5. *P.* 5.
(3) *L.* 24. *d. tit.* 5. *P.* 5.

fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare. Quamvis enim id videatur suadere *d. l.* 1. ea tamen exaudienda est cum Gothof. *in com. ejusd.* de casu quo singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l.* 34. §. 5. *hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, quando venditio celebrata est generaliter constituto pretio in singulas amphoras, earum numero non taxato, cum nondum perfecta emptio est, periculum spectavit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, *l.* 15. *de peric. & commod* Vid. Gloss. & DD. in *d. l.* 35. §. 4. & 5. *hoc tit.* & ad *l.* 1. *D. l.* 2. *C. de peric. commod. rei vend.* Gomez 2. *varior. resol. cap.* 2. *num.* 30. eleganter Anton. Fab. *C. suo de peric. & commod. rei vend. defin.* 1.

5 Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus, qui cum utriusque contrahentis utilitatem contineat venditorem duntaxat obligat ad præstandum dolum & culpam, secundum regulam traditam in *l.* 5. §. 2. *commod.* de qua in §. 2. *quib. mod. re contr. obl.* sumus locuti, & exceptiones adduximus de conventione contraria, mora, culpa.

6 *Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet.*) Hoc constanter a veteribus traditum est, tum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, efficiturque etiam his rationibus. I. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l.* 6. *de pign. act.* imo in universum nullo judicio, *l.* 23. *de div. reg. jur.* II. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *l.* 5. §. 2. *commod.* III. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, *l.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* IV. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet: Atqui illud pertinet ad emptorem &c.

7 Objicitur tamen huic sententiæ. *l.* 9. *C. de pign. act.* ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris, respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum

esse, fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam, & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* cum traditionibus, & non nudis pactis dominia rerum transferantur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Respondeo, male ex *d. l.* 9. generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus recte dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus; est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *d. l.* 5. *d. l.* 23. At ex diverso, si idem, qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino numquam; quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *dd. loc.* Itaque hæc regula: *Debitores certæ speciei, ejus interitu sine culpa ipsorum contingente liberantur*, prævalet illi: *Res suo domino perit.*

8. Unus locus Africani in *l.* 33. *locat.* turbavit summos viros, Cujac. *tract.* 8. *ad African.* Borcholt, Vultejum *hic*, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere utique. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Sed recte DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria Judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *l.* 51. *de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet duntaxat teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris intersit, ut fit, cum res judicio evicta est, *l.* 60. *l.* 70. *de evict.* Sed & si fundus non culpa venditoris, sed usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu a fisco iterum tantundem accipiat. *Lex* 12. & *l.* 14. *de per. & com. rei vend.* loquuntur etiam de casu quo res culpa venditoris periit.

9 *Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.*) Secundum

naturam est; commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l.* 10. *de div. reg. jur.* proinde, cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l.* 7. *de per. & commod. rei vend.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text.* & *d. l.* 7. item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l.* 8. *de evict.* fructus etiam jam maturi, *l.* 13. §. 10. *de act. empt.* mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, *d. l.* 13. §. 13. (1).

10 *An custodiam ejus usque ad traditionem*) In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *l.* 5. §. 2. *commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia a venditori exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet. Non obstat *l.* 2. *in fin.* aut *l.* 3. *de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, ut supra vidimus. Præterea Glos. in *d. l.* 5. tamen intelligit de culpa levi, duabus interpretationibus adhibitis, quæ *ibi* videri possunt. At enimvero speciali conventione arctius venditor obligari potest; putat, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l.* 23. *de div. reg. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet.

11 *Utique tamen vindicationem &c.*) Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut subrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur ad illa, quæ sine incommodo suo præstare potest; puta, ut actiones, quas habet; emptori cedat, atque in eum transferat, *l.* 35. §. 4. *hoc tit. l.* 31. *de act empt.* & *hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4 *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest* (2). *Sub conditione, veluti*: Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

COMMENTARIUS.

1 Contractuum omnium hoc

(1) *D. l.* 23. *tit.* 5. *P.* 5.

(2) *Arg. l.* 26. *d. tit.* 5. *P.* 5.

commune est, ut non pure tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio: *Si res intra certum diem placuerit*, non temere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita veniit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus præfinitum res ei placuerit; emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse.

2 Nec est contrarium, quod placet, hujusmodi emptionem non valere: *Quanti voles*, vel: *Si placebit*, habebis emptum, *l.* 35. *hoc tit. l.* 13. *C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l.* 7. *hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis: *Quanti voles*: *Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l.* 35. §. 1. & *d. l.* 13. In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez, 2. *var. resol.* 2. *num.* 19.

3 Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest, ut sub conditione ab ea discedatur; cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l.* 3. *hoc tit.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l.* 31. §. 22. *de ædil. edict.* Gomez. *de loc.* & *num. in fin.* Ejusdem generis est & pactum de retrovendendo ut venditori heredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* & ibi DD. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus.

4 Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur *titt.* in D. addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit: quo res a domino abeat, l.* 1. & passim *de in diem add.* (1). Lex commissoria est: *Cum quid ita venditur, ut, si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, l.* 2. & passim *de leg. comm.* (2). Utroque isto modo pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione; nisi aliud diserte placuerit, veluti, si in addictione id actum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est, *l.* 2. *de in diem add. l.* 1. & *l.* 2. *de leg. commiss.*

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5 *Loca sacra, vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam), frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.* (3).

COMMENTARIUS.

1 Sine re, quæ veniat, emptio intelligi non potest, *l.* 8. *hoc tit.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur *d. l.* 8. *l.* 78. §. *ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *d. l.* 8. §. 1. *hoc tit. l.* 12. *de act. emp.* (4).

2 *Frustra quis sciens emit.*) Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l. 6. l.* 34. §. 2. *l.* 70. *hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est: *Cum servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l.* 34. §. 2. Vid. *supr.* §. 2. *de inut. stipul.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l.* 57. *per tot. hoc tit.* (5).

(1) L. 40. *d. tit.* 5. P. 5.
(2) L. 38. *eod.*
(3) L. 15. *eod.*
(4) L. 11. *d. tit.* 5. P. 5.
(5) L. 14. *eod.*

3 *Deceptus a venditore &c.*) Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *d. l.* 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *l.* 62. §. 1. *eod.* & *hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi possideri nequeat; sed hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditur obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit vendidisset, doloque fecisset, quominus eam tradere possit: neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto, quippe qua, cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l.* 1. *l.* 11, §. 9. *de act. empt.* (1). Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat, arg. *d. l.* 11. §. *ult. de act. empt. l.* 33. *locat.*

4 De retractibus latissime agimus in nostra *Illustratione lib.* 2. *tit.* 11.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 65. &, *Lib.* 11. *Tit.* 70. (2).

1 Secunda species contractuum consensualium, seu qui solo consensu perficiuntur, est locatio conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione, ac pene totus *hic titulus* consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio conductio est: *Contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur* (3). Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei

(1) *L.* 12. *eod.*
(2) *Tit.* 8. *P.* 5.
(3) *L.* 1. *d. tit.* 8. *P.* 5.

concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimo non dominium modo apud locatorem remanet, *l.* 39. *hoc tit.* verum etiam possessio; & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. *infr. de interd. l.* 9. *de adq. v. am. posses.* (1) & passim *alib.* Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tanquam invasor rei alienæ condemnetur & ad rem ipsam restituendam & insuper ad præstandam rei æstimationem, *l. penult.* C. *hoc tit.* (2)

2 Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unum; alterum operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, §. 1. & *penult. supr. de usu & habit.* (3): servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l.* 44. *hoc tit.* cum servitus ad tempus constitui nequeat, *l.* 4. *de servit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l.* 7. *l.* 15. §. *penul. eod.* (4) Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt: & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l.* 5. §. 2. *de præsc. verb.* At, verbi causa, servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur: & ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l.* 5. §. 2. cui accedit, quod contra fidem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l.* 19. §. 1. *de præscr. verb.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l.* 1. *si mens. fals. mod. dix.* De opera Advocati, Medici, cæterorumque; qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis.

Locatio & conductio proxima est emptionis & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si

(1) *L.* 5. *tit.* 30. *P.* 3.
(2) *L.* 18. *tit.* 16. *P.* 5.
(3) *L.* 3. *tit.* 8. *P.* 5.
(4) *L.* 21. *eod.*

merces constituta sit (1). *Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.*

COMMENTARIUS.

1 Locatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur; nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione, DD. comm. in *d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur.

2 *Si merces constituta sit*) Æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, *pretium* dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, *merces*: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe *pretium* appellatur, *l. 28. §. 2. l. 51. §. 1. l. 58. pr. hoc tit.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet & *pensio* dicitur, *l. 15. §. 4. hoc tit.*

3 *Locatori locati actio, conductori conducti*) Uti in emptione simul atque de pretio convenit emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque; ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit: competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potes, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat & mercedem accipit, locator dicitur: is, cui præstantur operæ & qui mercedem dat, conductor, *l. 19. §. penult. l. 22. §. 2. l. 38. hoc tit.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat,

(1) L. 1. tit. 8. P. 5.

l. 11. §. *pen.* *l.* 13. §§. 1. 2. & 3. *d. l.* 19. §. 7. & pass. *hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, qualis est artifex, idem sit operæ locator: & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l.* 22. §. 2. *hoc tit.* & *l.* 1. *de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter *inquilinus*; agri, *colonus*; operis, *redemptor*; vectigalis, *publicanus* vel *manceps* veteribus dicitur.

TEXTUS.

De mercede certa vel incerta.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

COMMENTARIUS.

1 *Si alieno arbitrio pretium*) Huc accommodanda quæ notamus sub §. 1. *præced. tit.*

2 *Nulla statim mercede constituta*) Mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus esentiali (1), in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio; si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus: *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est: *l.* 22. *de præscr. verb.* §. 2. *in fin. sup. quib. mod. re contr. obl.*

3 *Actio præscriptis verbis*) Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *ll.* 1. & 3. *seqq. de præscr. verb.* Dicta est actio *præscriptis verbis*, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in *l.* 6. *C. de*

(1) *L.* 1. *tit.* 8. *P.* 5.

transact. ubi Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit. Ob eamdem quoque causam hæc actio dicitur *in factum*, *l.* 1. & pass. *de præsc. verb.* Et interdum plena oratione *præscriptis verbis in factum*, *l.* 24. *d. tit.*

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem a te utendam, sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus* (1). *Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent: ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

COMMENTARIUS.

1 Etiam *hic locus* pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit in eo quod merces quoque locationis debet in pecunia numerata consistere, ut pretium emptionis: quod etiam probant *l.* 23. *com. div. l.* 1. §. 9. *depos. l.* 5. §. 2. *de præsc. verb.* cum *similib.* Neque hic excipere quis potest, *istis locis* appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l.* 7. §. 3. *de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam a contractibus innominatis naturam.

2 Unus maxime locus est, qui Corasium *lib.* 2. *misc.* 11. Pinell. ad *l.* 2. C. *de resc. vend. part.* 2. *rubr. cap.* 3. *num.* 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili, consistere posse, videlicet *l.* 21. C. *hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest, primum cum Saliceto proponi in *d. l.* 21. casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium a natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex equitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam

(1) *D. l.* 1.

mercede utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione et conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, escepto eo quod colon partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l.* 25. §. 6. *hoc tit.*

3 Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia initio constituti, fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l.* 9. *C. de resc. vend. l.* 19. §. 3. *hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l.* 21. pertinere. Etsi enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata: quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto ad *l.* 8. & ad *l.* 18. C. *eod.* Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. in *d. l.* 5. §. 2. *de præscript. verb.* & *d. l. si olei.* 21. C. *hoc tit.* Gomez 2. *resol.* 3. *n.* 3. Fachin 1. *controv.* 82.

4 *Sed proprium genus contractus*) Cum non pecunia numerata, sed res alia pro usu rei datur, conventio in aliud proprium genus contractus transit, innominati scilicet (1), ex quatuor quos recenset Paulus in *l.* 5. *de præsc. verb.* nosque retulimus in §. 2. *de oblig. num.* 8. & præscriptis verbis agendum, *l.* 17. §. 3. *eod.*

(1) *D. l.* 1. *tit.* 8. *P.* 5.

TEXTUS.

De emphyteusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quandiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat: Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur & a quibusdam locatio: a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: et siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hu-*

jusmodi damnum venire; quo jure utimur (1).

COMMENTARIUS.

1 Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum *hoc* §. alterum §. *seq.* Quod *hoc* §. proponitur, est contractus emphyteuticus, qui ita definiri potest: *Contrectus quo id agitur, ut dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradat, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quandiu pensio domino solvatur, tandiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, predium auferri possit* (2). Dixeris, hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in heredem & in alium quemvis liceat transferre, quod nunc dominium utile dici solet; unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcunque possessorem competit, *l.* 1. §. 1. *si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet; item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione; cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*) Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, a verbo Græco *ἐμφυτεύω*, quod Latinis est, *insero*, *implanto*. Dicuntur & *agri vectigales*, a vectigali, id est, pensione seu canone, qui a possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero in *paradox. 6. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l.* 1. *si ager vect.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant,

(1) *L.* 28. *tit.* 8. *P.* 5.

(2) *D. l.* 28.

quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auht.* Si quas ruinas C. *de SS. Eccles. l.* 15. §. 26. *de damn. infect.*

3 Ait, *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l.* 1. C. *de offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *ll.* 1. & 3. C. *de locat. prædior. civil. lib.* 11. quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *l. ult. si ager. vectig. l.* 1. §. 3. *de superfic.* Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est. Nam locatio quamtivis temporis non est modus transferendi dominii, *l.* 39. *hoc tit.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem & interdictum uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nunciandi; quæ omnia emphyteutis concessa esse constat.

4 Ait, *quæ traduntur.* Recte autem Interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire: proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, *l.* 3. *de oblig.* & *action.* junct. *l.* 20. C. *de pact.* adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

5 *Quamdiu pensio præstetur*) Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum in jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l.* 2. C. *de jur. emphy.* (1). In emphyteusi Ecclesiastica cessationi biennii jus amittitur, *auth.* Qui rem C. *de SS. Eccles.* (2). Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renunciasse caducitati videtur, per *l. pen. de leg. com-*

(1) *D. l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5.

(2) *D. l.* 28.

mitt. Anton. Fab. C. *suo hoc tit. defin.* 16. Perez in C. *hoc tit. in fin.* Quia etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit; nihil tamen hoc dominum juvat, Clar. §. *emphyteusis: quæst.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l.* 176. *de div. reg. jur. l.* 7. C. *unde vi.* Vid. Clar. *de* §. *quæst.* 11. Fachin. *d. lib.* 1. *contr.* 95. Loci, qui de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate Judicis; Grot. *lib.* 2. *intr. cap.* 40. Mornac. ad *l.* 2. C. *de jur. emphyt.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*) Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses a facta denunciatione tantundem offerat, *l.* 3. *vers. sed ne hoc C. hoc tit. de jur. emphyt.* (1). Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto ab eo, in quem res translata est, laudemio (2); quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *d. l.* 3. *in fin.* & ibi Jas. *col.* 14. & *seq.* (3).

7 *Lex Zenoniana lata est*) Zeno. *l.* 1. C. *hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis seu venditionis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum: utque conceptionem atque definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde Interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet, vide *supr.* §. 2. *de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ; quippe quas non minus, quam temporales, omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est,

(1) *L.* 29. *tit.* 8. *P.* 5.
(2) *D. l.* 29.
(3) *D. l.* 29.

quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio.

8 Sed nec illum verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac nec illud quidem omnino, a Romanis originem habere. Sibilla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Joseph. 2. *Antiq. Judaic.* 4. Arist. 2. *Œconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit, sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens, detexit; ut disputat Coras 1. *misc.* 21. *num.* 4.

9 Plane si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam (quæ opinio probari videtur verbis legis: *Scriptura interveniente*), juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, arg. *l.* 6. *de just.* & *jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nosit contractum subsistere; sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant, Connan. 7. *comm.* 12. Perez C. *hoc tit. num.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolute positi conditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *supr. de test. milit. l.* 24. *eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractuum substantiam scripturam desiderari non sit credibile.

10 *Neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem*). Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione: cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quandam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret.

11 Simillimus, ut obiter id dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis de quo late loquimur in *nostra Illustrat. lib.* 2. *tit.* 14.

12 *Ac si naturalis esset contractus*) Id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens; ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l.* 23. *de*

div. reg. jur. ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut *hic* loquitur Justinianus (1), non tantum circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est; intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l.* 2. C. *de jur. emphyt.*

13 *Siquidem totius rei interitus*) Nisi quid aliud nominatim cautum *sit*, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l.* 1. C. *eod.* Quapropter nec ob sterilitatem petere poterit remissionem pensionis. Neque est contrarium, quod eo casu in locatione pensio remitenda est, *l.* 15. §. 2. & *seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur; in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Plane si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est, nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotii, quod geritur, Clar. §. *emphyteusis, quæst.* 8. *num.* 7. & *seq.* Anton Fab. C. *suo, de jur. emphyt. defin.* 36.

14 „In Hispania emphy„teusis sine scriptura constitui „nequit, *l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. ibi: „*E por escrito: ca de otra gui„sa non valdria.* Præterea, si „emphyteuta per biennium vel „triennium cessaverit in solu„tione canonis secundum distin„ctionem *supra* traditam, pote„rit res emphyteutica a domino „directo occupari, non expecta„to Judicis mandato, *d. l.* 28. „*vers.* E aun, ibi, *Los señores „della, sin mandado del Juez, „la pueden tomar.* In hoc tamen „casu tres limitationes adducit „Greg. Lop. in *gloss.* 15. *ejusd.* „*l.* 28. nempe: si emphyteuta „resisteret: si dominus jam Ju„dicem adivit non protestans sal„vum sibi manere jus expellen„di emphyteutam propria aucto„ritate: & si emphyteuta nega„ret se non solvisse, seu dice„ret tempus solutionis nondum „elapsum; propterea quod res „tunc efficeretur dubia. Plane „quia hujus potestatis abusus plu„rimum obnoxius esset privato„rum rixis, quæ Rempublicam „turbant, exercitium potestatis „istius usus non recepit. Et ani„madvertendum est, decem dies „emphyteutæ concedi ad purgan„dam moram, quin interim pos-

(1) D. l. 28. tit. 8. P. 5.

„ sit dominus, vel canonem recusare, vel rem occupare, *d. l.* 28. *vers.* Pero. Denique, nedum totius rei interitus periculum ad dominum pertinet; sed etiam quando talis est interitus, ut minus quam octava rei pars remaneat, *d. l.* 28. & ibi Lop. *gloss.* 12. ubi optimam appellat hanc taxationem. De cæteris pertinentibus ad emphyteusim in Hispania, late agimus in *nostra Illustratione lib.* 2. *tit.* 14. & de omni censu.

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4 *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 Affert hic Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio; nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hic emptionem contrahi, qua materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris, esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantumque emptionem & venditionem esse, *l.* 2. *hoc tit.*

2 *Placuit, tantum emptionem & venditionem*) *d. l.* 2. Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. ¿Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificii ratio habeatur? Cui sententiæ convenit quod Javolenus scribit *l.* 65 *de contr. empt.* toties conductionem alicujus rei esse, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet: quotiens vero & immutatur & alienatur, emptio-

nem magis, quam locationem intelligi. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *l.* 22. §. *hoc tit.* ubi ait, cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri & tamen locationem esse, locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, a me proficiscitur, *l.* 20. *in fin. de contr. empt.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat; proindeque locatio ista materiam necessario includit, & quasi absorbet.

TEXTUS.

Quid præstare debet conductor.

5 *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu, aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.*

COMMENTARIUS.

1 *Secundum legem conductionis*) Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, debet omnia conductor facere, *l.* 7. §. 5. *de pact. d. l.* 23. *de div. reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione abjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l.* 40. *l.* 60. *l.* 68. *de contr. empt. l.* 24. *hoc tit.* cum *similibus.*

2 *Ex bono & æquo præstare*) Ante omnia itaque colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem (1). Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *l.* 25. §. 3. *hoc tit.* Inquilinus, ut in domo locata recte versetur, et honestá non faciat cauponam, *l.* 3. *C. eod.* Uterque ut pensiones suo quasque tempore solvat, *l.* 54. §. 1. *hoc tit.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, *d. l.* 54. §. 1. *l.* 3. C. *eod.* (2). Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse diximus, non nisi ex auctoritate Magistratus eum expelli debere, Ant. Fab. C. suo, *hoc tit. defin.* 11.

(1) L. 9. tit. & D. 15.

(2) L. 5. eod.

3 *Qualem diligentissimus paterfamilias*) Simile est quod traditur in *l.* 25. §. *pen. hoc tit.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l.* 5. §. 2. *commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia, quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *supr. quib. mod. re contr. oblig.* Idemque evidentissime ostendit. *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stabul.* & ipsa ratio suadet levius agendum cum eo, qui mercedem pro usu rei præstat, quam cum illo, qui gratuitum ejus usum habet, qualis est commodatarius. Igitur culpa levis duntaxat, & non levissima a conductore præstanda (1).

4 ¿Quid ergo respondemus ad hunc textum? Nimirum idem, quod Interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & pene modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur nonnunquam, ut vidimus *supr.* §. *a. quib. mod. re contr. obli.* Alii respondent, casus esse speciales, qui *hic* & in *de* §. *penult.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua, quasi damno maxime obnoxiæ, accuratissimam custodiam desiderant; altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, argum. *l.* 1. §. 35. *depos.* (2).

5 *Et aliquo casu fortuito*) (3). Quod *hic* excluditur casus fortuitus, non satis argumenti est, culpam levissiman a conductore præstandam, ut ostendimus *supr.* §. *ult. quib. mod. re contr. oblig. num. alt.*

TEXTUS.

De morte conductoris.

6 *Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit* (4).

COMMENTARIUS

1 Morte conductoris conductionem non expirare, sed heredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l.* 10. C. *hoc tit.* & contra, nec

(1) *D. l.* 7. *tit.* 8. *P.* 5.
(2) *L.* 8. *tit.* 8. *P.* 5.
(3) *D. l.* 8.
(4) *L.* 2. *tit.* 8. *P.* 5.

morte locatoris expirat: quippe heres universi juris & onerum defuncti successor est, *l.* 37. *de adq. v. om. hered.* (1), & qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur: excipe tamen eos contractus in quibus industria certæ personæ eligitur ut in societate, & mandato, qui morte contrahentium finiuntur: ut docetur duobus *tit. proxime seqq.* Particularis autem successor, emptor aut legatarius, non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l.* 25. §. 1. *l.* 32. *hoc. tit.*

2 Tempore autem conductionis elapso liberum est locatori conductorem expellere, & alteri rem eandem locare, *l.* 32. C. *de locat. & cond.* (2). Excipe vero fundorum publicorum conductores, qui novis conductoribus præferuntur, si facta per alios augmenta suscipiant, ut tanquam æquitati congruum jubetur, *l.* 4. C. *de locat. præd. civil.* cujus juris specialis ea forte est ratio, quam tradit Gomez. *variar.* 3. *num.* 5. quia nempe conductores isti nonnunquam detinentur inviti. Sed & interdum id ipsum locatori licebit, nondum finito locationis tempore, si nempe conductor mercedem non solverit, vel in æde locata male fuerit versatus: aut dominus eam propriis usibus sibi necessariam esse probaverit, vel ipsam corrigere seu reficere maluerit, *l.* 3. C. *de locat. & cond.* (3). Advertendum tamen est, non aliter necessitatem in domino habitandi ædem suam, tribuere ei potestatem expellendi inquilinum, quam si denuo post locationem factam supervenerit, ut bene probat Gom. *ubi supr. n. 6.* An autem & quando locationes a rerum administratoribus factæ durent post administrationem finitam, vide eundem Gom. *ibid. n.* 8. D. Covarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 15. *an* 5. & nostrum Digestum *lib.* 19. *tit.* 2. *n.* 13.

3 , In Hispania statutum quo-
, que est successorem singula-
, rem, utputa emptorem rei lo-
, catæ, non teneri stare locatio-
, ni factæ a venditore, *l.* 19. *tit.*
, 8. *P.* 5. ut ex Romanorum ju-
, re modo vidimus. Duos autem
, casus *lex eadem* excipit: pri-
, mum videlicet, cum venditio
, ea conditione fuerit facta, ut
, conductio duraret; secundum,
, quando ad totum vitæ tempus
, sit facta locatio: quem Gomez
, *d. lib.* 2. *var.* 3. *num.* 9. exten-
, dit ad locationes ad decennium
, factas, idemque indicat D. Co-
, varr. *d. lib.* 2. *variar. cap.* 15.
, *num.* 2. Sed probabilius id re-
, probat Gregor. Lop. in *gloss.* 7.
, *d. l.* 19. Prior casus expresse
, etiam probatus est Romanis le-
, gibus, *l.* 9. C. *de locat. & cond.*
, Secundus non ita, quamvis com-
, muniter etiam ab earundem In-
, terpp. admissus, arg. *l.* 1. §. 3.
, *de superfic.*

4 , Clarius quoque de recon-
, ductione loquuntur leges nostre
, Hispaniæ, quam Romanæ: quan-

(1) *D. l.* 2.
(2) *L.* 6. *tit.* 8. *P.* 5.
(3) *D. l.* 6.

, doquidem istæ simpliciter, & indefinite statuunt, reconductionem intelligi ex eo quod colonus post tempus finitum in fundo remaneat, *l.* 13. §. 11. cum *seq. locati cond.* cum nostræ tempus mansionis definiant, *l.* 20. *d. tit.* 8. *P.* 5 ibi: *Fincare en ella por tres dias:* quæ doctrina utroque jure exaudienda est de colonis seu conductoribus agrorum, & ita ut reconductio in anno, seu annis mansionis intelligatur; non ultra, licet conductio quæ præcesserat, in plures annos fuisset facta; in inquilinis autem alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit; ita obligetur, ceu patet, ex *iisdem ll.* Sed & reconductio in annum sequentem hodie apud nos intelligitur, si in initio ultimi conductionis anni locator colonum non monuerit, vel vice versa, de locatione finienda, ut unusquisque in futurum alia via sibi caveat, ut jubetur in *epistola supremi Senatus Castellæ sub die* 26. *Maji ann.* 1770.

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 37. (1).

1 Tertia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est: *Contractus, quo inter aliquos agitur, ut res aut operæ communicentur, lucri in commune faciendi gratia* (2). Primum, ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera (3), an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l.* 71. *eod.*

2 Porro, quod ex difinitione satis intelligitur, societas est

(1) *Tit.* 10. *P.* 5.
(2) *L.* 1. *d. tit.* 10. *P.* 5.
(3) *Princ. d. tit.* 10. *P.* 5.

consortium voluntarium, ut a Papiniano vocatur, *l.* 52. §. 8. *eod.* (1): nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hereditas duobus communiter obvenerit, aut si res a duobus simul simpliciter empta sit, *l.* 31. cum 3. *ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *addit ad Bart.* temperandum est quod in *l.* 2. *commun. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ a duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis: idemque præsupponendum in specie *l.* 2. *C. hoc tit.* quanquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l.* 2. contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi.

3 Denique, quod postrema verba difinitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt, massa quidem hæc communis est, §. 27. *supr. de rer. divis.* at non jure societatis. Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *l.* 29. §. 2. *hoc tit.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus e sociis damni sit expers, modo tamen quo postea intelligetur. Cum autem de communione eo, quo dixi animo, inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l.* 2. *de obl. & act.* Nec adversatur quod scribit Modestinus *l.* 4. *hoc tit.* posse societatem coiri re & verbis &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacite re seu facto aliquo consensus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. ad *d.* l. 4. Species societatis sumuntur a diversitate materiæ; ac de eo *hic* primum agitur, deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni; postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.

Divisio a materia.

Societatem coire solemus aut

(1) *D. l.* 1. *vers.* E fazese.

totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique (1).

COMMENTARIUS.

1 Societatis diversæ sunt species, & effectibus & subjectis distinctæ, ut *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. & pass. *hoc tit.* Imperator autem *hoc loco* id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem; ut vulgo distingui solet, quanquam minus accurata ea oppositio est. Pinguius a diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coëuntium sunt tempore contractæ societatis; continuo communicantur, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *hoc tit.* (2): actiones invicem sunt cedendæ, *l.* 3. *eod.* (3): quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l.* 73. & *l. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quæruntur, *d. l.* 3. §. 1. *d. l.* 73. *eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *dd. ll.*

2 In hac societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societates rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l.* 52. §. *ult. hoc tit. l.* 39. §. 3. *fam. ercisc.* Nec mirum, cum rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus e sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honeste tamen & decenter, non profuse inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti si pater filium in studiis aluit; atque eo nomine, quid honeste & bona fide erogavit, fac. *l.* 50. *fam. erc.*; Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, arg. *l.* 19. *de rit. nupt.* Menoch. 2. *de arb. jud. cap.* 127. Fachin 8. *contr.* 4.

3 In societate universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coëuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo; quæ ex quæ

(1) *L.* 3. *d. tit.* 10. *P.* 5.
(2) *L.* 6. *eod. l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3.
(3) *D. l.* 6. *in fin. d. l.* 47.

stu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione venditione, locatione conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hereditas, legatum, donationes, extra hanc causam habentur, *l.* 7. & *aliquot seqq. hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coëunt, hoc est, tantum dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velit, *d. l.* 7. (1).

4 „ In Hispania si societas „ omnium bonorum fuerit con„ tracta, nedum bona, quæ coë„ untium erant tempore contra„ ctæ societatis, continuo ipso ju„ re communicantur; sed etiam „ quæcumque alia undique alicui „ eorum obvenientia, *l.* 16. *tit.* 10. „ *P.* 5. *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3. Go„ mez 2. *var. cap.* 5. *num.* 3. „ Matienz. in *l.* 1. *tit.* 4. *l.* 10. *Nov.* „ *Rec. gloss.* 3. *num.* 9. Greg. „ Lop. *in gloss.* 5. *d. l.* 47. ubi „ hanc legem commendat, Garc. „ *de expens. cap.* 13. *num.* 13. „ In societate autem omnium lu„ crorum post contractam socie„ tatem acquirendorum, bona po„ stea obvenientia non communi„ cantur ipso jure; sed communi„ canda judicio societatis, & „ ita ut etiam hereditas uni reli„ cta sit communicanda, *l.* 12. „ *tit.* 10. *P.* 5. quia verbum *lu*„ *cra* (Hispane *ganancias*) gene„ rale est in omnibus lucris et„ iam non provenientibus ex quæ„ stu. Si autem simpliciter fuerit „ coita societas, lucra duntaxat „ quæstuaria communia fient, ut „ hæc societas quadantenus di„ versa sit a precedente, *l.* 7. „ *eod.* & *ibi* Lopez *glos.* 1. Sed & „ aliam speciem societatis in His„ pania habemus lege statutam in„ ter conjuges, quam late exami„ namus in *nostra Illustrat. lib.* 2. „ *tit.* 4. *a n.* 18.

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1 *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent* (2). *Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineat, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS

1 Omnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus dispu-

(1) *L.* 7. *d. tit.* 10. *P.* 5.

(2) *L.* 3. *l.* 4. *l.* 7. *eod.*

tationis tribus hisce propositionibus continetur. I. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. II. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. III. Si una tantum in causa pars expressa sit, in altera quæ omissa est, eadem pars servari debet.

2 *Æquales scilicet partes*) Si partes expressæ non sint, id tacite actum intelligitur, ut æquales sint, *l.* 29. *pr. hoc tit.* æqualitate scilicet non arithmetica, sed geometrica, id est, analoga rebus collatis, ut si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fiant. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *l.* 6, *l.* 80. *hoc tit.* hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Plura ad *d. l.* 29. *pro soc.* in hanc sententiam commentatus est vir claris. Gerad Noodt *comment. in Pandect. hoc tit.*

3 *Ut ad unum duæ partes &c.*) Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Imo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sane conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia; ¿an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit), contra sensit, quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti M. sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno, non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter (sibi) fieri existimavit* (1). *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.*

COMMENTARIUS.

1 *Lucri duæ partes, damni tertia*) Difficulter in societa-

(1) *L.* 4. *eod.*

[illegible] admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpicio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

2 *Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera*) Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum & operarum; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; imo justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ; quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpiani in *l. 29. princ. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam Interpretes comm. ad *hunc* §. & in *d. l. 29.* sequuntur, Gom. 2. *var. resol.* 5. *num.* 5.

3 Sed ut verum fateat, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, arg. *l. 23. de div. reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præced.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq.* & *l. 30. in fin. eod.*

4 Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur, atque emptio venditio, *l. 38. de contr. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad

id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quam alterius; de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem in *d. l. 29. hoc tit.* Et fortasse nimia visa est Ulpiano partium inæqualitas, de qua in *hoc text.* quando collatio fuit undique æqualis: quo sensu nulla pugna est inter Ulpian. in *d. l. 29.* & Paul. in *d l. 30. in fin.* ubi simpliciter admittit partium inæqualitatem, non exprimens quanta hæc esse possit.

5 *Ut alter pecuniam*) Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l. 1. C. hoc tit.* (1), & quidem ita, uti *hic* dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligit debet, *d. l. 29. §. 1. hoc tit.* (2). Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit.

6 *Lucri partem ferat, de damno non teneatur*) Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est, id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum aceptum, *d. l. 29. §. 1. hoc tit.* Itaque dum hoc casu alter e sociis dicitur immunis damni, de damno pecuniæ duntaxat id exaudiendum est, quatenus pecuniam, quam non contulit, amittere nequit: non autem de damno operæ, quam impendit; & inde æquitas conventionis. Ait Justinianus *lucri partem*, diserte *partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l. 29. §. 2.* quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum spectat, leonina dicitur, *d. l. 29. §. 2.* (3) appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe.

(1) *Princ. d. tit. 10. P. 5.*
(2) *L. 4. eod.*
(3) *D. l. 4. tit. 10. P. 5.*

TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno), in altara vero omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eamdem partem servari* (1).

Hic textus nullo eget commentario.

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas* (2). *Sed plane si quis callide in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societrtem acquiritur, soli conceditur* (3).

COMMENTARIUS.

1 Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit *hoc loco*, in mandato *tit. seq.* Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renunciatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l.* 4. §. 1. *l.* 63. §. *ult. hoc tit.* (4). Quæ singula ordine latius declarabuntur.

2 *Donec in eodem consensu*) Tandiu societas durat, quandiu consensus partium perseverat, *l.* 5. *C. eod.* Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ult. infr. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest (5), quomodo in specie dicitur societas dissolvi renunciatione. Idque duplici de causa: primum quia socii officium invi-

(1) *L.* 3. *tit.* 10. *P.* 5.
(2) *L.* 11. *eod.*
(3) *L.* 12. *eod.*

(4) *D. l.* 11. *l.* 10. *eod.*
(5) *D. l.* 11.

cem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, *l.* 63. *pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *l.* 77. §. 20. *de legat.* 2. (1).

3 Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l.* 7. *hoc tit.* contemnere liceat, *l.* 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit *l.* 1. *eod.* societatem etiam in perpetuam coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renunciatione dissociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nunciatur ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renunciandi ex factis arguitur: quorum exempla habemus in *l.* 64. cum. *seqq. eod.*

4. *Si quis callide renunciaverit.*) Quævis renunciatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuncianti noceat, & liberet ab eo socios; at ex contrario non quælibet renunciantem liberat a sociis, sed ea solum, quæ injuria caret (2). Injuriam autem renunciatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum *hic* profertur: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *l.* 17. §. 1. *eod.* Item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum (nisi ex nova causa, *ll.* 14. & 2. *seqq. eod.*), aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius ex sociis sed societatis intersit eam non dirimi. Qui sic renunciat, a se quidem liberat socios suos, se autem ab eis non liberat (3), id est, lucrum sibi obveniens, cujus intuitu renunciavit, cum sociis communicat, damnumque, si quod emerserit, solus sentit: & lucri quod sociis acquiritur, nihil habet. Dicimus *cujus intuitu renunciavit*: quia si aliud lucrum fecerit, quod non captavit, ad ipsum solum pertinet, cum in eo renunciatio non sit callida, *l.* 65. §. 3. *eod.* & *hoc textu.*

5 „In Hispania doctrina hujus textus duntaxat locum habet in renunciatione callida seu „malitiosa, id est, facta eo fine, ut lucrum quod renuncians „sperabat, commune non sit, „sed ipse soli sibi habeat, *l.* 12. „*tit.* 10. *P.* 5. Renunciatio vero „intempestiva renunciantem obligat ut sarciat socio damnum

(1) *L.* 1, *tit.* 15. *P.* 6.
(2) *L.* 12. *tit.* 10. *P.* 5.
(3) *D. l.* 12. *tit.* 10. *P.* 5.

„ hac de causa ei illatum, *l.* 11.
„ *eod.* Quod utique damnum con-
„ siderandum proculdubio vide-
„ tur in rebus societatis tantum:
„ alias otiosum, & ineptum foret
„ casum renunciationis callidæ pro-
„ ponere in *d. l.* 12. ut speciem
„ distinctam a casu renunciatio-
„ nis intempestivæ, de qua actum
„ fuerat in *l.* 11. *praec.*

TEXTUS.

De morte.

5 *Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrait, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coëunda societate aliter convenerit.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Etiam morte unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. & passim *hoc tit.* Et hoc genus distrahendae obligationis, societatis proprium est, recedens ab illo communi, quo placet, heredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. praec tit. l.* 37. *de adq. v. om. her* sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad heredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit,* cujus scilicet fidem, industriam, res et facultates sequatur.

2 Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres in societatem succedat, *l.* 35. *hoc tit.* (2), quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *l.* 65. §. 11. *hoc tit.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem (3), nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *l.* 59. *l.* 63. §. 8. *eod.*

3 *Sed & si consensu plurium*) Etsi plures quam duo societatem coierint, & unus tantum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam heredi defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l.* 65. §. 9. *hoc tit.* (4). Ratio est, quoniam cum plures societatem coëunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno

(1) *L.* 10. *eod.*
(2) *L.* 1. *d. tit.* 10. *P.* 5.
(3) *D. l.* 1. *tit.* 10. *P.* 5.
(4) *L.* 10. *eod.*

sublato amplius in societate manere, nolle videantur.

4 *Nisi in coëunda societate aliter convenerit*) Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. 65.* §. *9.* (1) Neque, quod putat D. Hotomanus, hanc conventionem Ulpianus improbat. *l.* 35. *l.* 52. §. *9. l.* 59. *eod.* Confundit Hotomanus duo dissimilia pacta; pactum, quo placet heredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur, quod valere post Paulum, *d. l.* 65. §. 9. tradit Justinianus *hic.*

TEXTUS.

De fine negotii.

6 *Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas* (2).

Hic textus expositione non indiget.

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

COMMENTARIUS.

1 Quod Paulus in *l.* 65. §. 12. *hoc tit.* unde *hic* locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l.* 4. §. 1. *l.* 63. §. *ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l.* 1. *de bon. damn. l.* 8. §. 1. & 2. *qui testam. fac.* (3). Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet quod dicitur in *d. l.* 63. §. *ult.* hominem interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest *l.* 65. §. 1. & 2. *ff. pro soc.* (4).

2 *Alius succedat*) Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat, & sibi vindicat, *l. ult. de bon. eor. qui ante sent.* (*vel*) *mort. sibi consciv.* &c.

(1) D. *l.* 10.
(2) *Arg. d. l.* 10.

(3) *D. l.* 10. *tit.* 10. *P.* 5.
(4) D. *l.* 10.

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas* (1). *Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

COMMENTARIUS.

1 Postremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Non puto autem quod *hic* traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa speratam operam præstare nequeat.

TEXTUS.

De dolo & culpa a socio præstandis.

9 *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet* (2). *Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualem suis rebus adhibere solet*) Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: quæ sunt ipsissima verba Caji in *l.* 72. *hoc tit.* *quibus verbis culpam levem* significari, notum est. Socius itaque culpam levem præstabit: quod etiam evincit *l.* 5. §. 2. *commod.* Non obstat responsum Celsi in *l.* 32. *depos.* ubi probat quod Nerva dixit, eum nempe, qui ad suum modum diligens non est, reum esse culpæ latioris: cui videtur consequens, ut socius, a quo tantum exigitur ut ad suum modum sit diligens, culpam latam duntaxat præstet. Quia respondemus, Jurisconsultos an-

(1) *L.* 10 *vers.* E aan.

(2) *L.* 7. *eod. vers.* Pero.

quando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstat depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstat socius, depositarius non præstat. Illud Celsus facit in *d. l.* 32. *depos.* hoc alii passim, ut Justinianus *hic*, Cajus in *d. l.* 72. item Paulus *l.* 25. §. 16. *famil. erciscund.* & Ulpianus *l.* 1. *de tutel. & ration. distr.*

2 Porro, animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui, nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximæ: & merito, quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. Casus itaque de quo Celsus, specialis est. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputavimus, atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis.

3 *De se queri, sibique hoc imputare*) Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per §. *pen. sup. quib. mod. re cont. oblig.* Sed in societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi, nimirum, quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet a socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est ut diligentiam quandam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.

TITULUS VIGESIMUSSEPTIMUS.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 1. *C. Lib.* 4. *Tit.* 35. (1).

1 Superest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum (quod a manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur) est: *Contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur.* Ajo *gerendum*, quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum: quod admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *l.* 12. §. 12. *hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex literis credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit, vid. Gomez 2. *variar. resol.* 13. *num.* 5. Gloss. & DD. in *l.* 12. §. 12. *hoc tit.* *l.* 7. C. *eod.* Ajo, *committitur & suscipitur*: nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi enim mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerint *gratuito*, exponam *inf.* sub §. *ult.*

2 Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim qui mandavit, eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa; mandatario contraria, *pass. D.* & C. *hoc tit.* (2). Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est: posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec refere quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2.

(1) *L.* 20. & *quinq. seqq. tit.* 12. *P.* 5. *tit.* 5. *P.* 3. & *tit.* 31. *lib.* 5. *Nov. Recop.*

(2) *L.* 20. *d. tit.* 12. *P.* 5.

eod. (1). Quia interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l. 6.* §. 2. *l.* 18. *eod.* (2).

TEXTUS.

Divisio a fine.

Mandatum contrahitur quinque modis (3), *sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.*

COMMENTARIUS.

1 Mandatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l. 6.* §. 2. *l.* 18. *hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quaedam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera: de quo nonnihil diximus sub §. 42. *sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest (4). Hic alia proponitur divisio sumpta a fine, eaque quinque partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena: quae eadem extat apud Cajum *l.* 2. *hoc tit.* unde etiam sequentes §§. descripti sunt, in quibus singulae istae formae exemplis illustrantur. Poterat *hic* addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena cujus exempla in *l.* 8. §. 3. & 4. *eod.*

2 *At si tua tantum gratia*) Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, formâ tantum externâ mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. *infr.* §. 6.

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

1 *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes* (5).

COMMENTARIUS.

1 Exempla primae speciei, seu ejus mandati, quod solius man-

(1) *L.* 24. *eod.*
(2) *L.* 12. *eod.*
(3) *D. l.* 20.
(4) *L.* 7. *tit.* 14. *P.* 5.
(5) *D. l.* 20. *vers.* La primera.

dantis gratia intervenit, *hic* traduntur ex Cajo *d. l.* 2. §. 1. *hoc tit.* quæ plana sunt.

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2 *Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur* (1); *aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.*

COMMENTARIUS.

1 Secundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla *hic* proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l.* 2. §. 4. *hoc tit.* (2). Et sufficit pro *hujus text.* illustratione.

TEXTUS.

Si aliena.

3 *Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

COMMENTARIUS.

1 Afferuntur *hic* ex Cajo *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ specie, seu mandati aliena tantum gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei cujus intersit, §. 18. *sup. de inutil. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l.* 8. §. 6. *hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit cæterum si nihil interest, cessat mandati actio & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla *hujus* §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari, *d.* §. 18. Et omnino fatendum est, eum qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit.

2 Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat,

(1) *L.* 22. *d. tit.* 12. *P.* 5.

(2) *D. l.* 22.

exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. 4. hoc tit.*

3 IN HISPANIA, famosa *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Recop.* quam in §. 1. *de verb. oblig.* & sæpe in *tit. de inuti stipul.* laudavimus, etiam in argumentum *hujus textus* vires suas exerit contra juris Romani placita, *legem* scilicet 8. §. 6. *mandat.* quæ modo adducta est, cum enim *d. l.* 2. nihil præter animum ad inducendam obligationem desideret, nos cogit asserere, statim post mandatum aliena tantum gratia contractum, mandatori competere mandati actionem adversus mandatarium, non spectato ut ejus intersit.

TEXTUS.

Si mandatis & aliena.

4 *Sua & aliena, veluti si*

(1) *L.* 21. *d. tit.* 12. *P.* 5. *vers.* La tercera.

de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sivi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio spondeas (1).

1 Exempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5 *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum* (2).

COMMENTARIUS.

1 Exemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod & ipsum apud Cajum est *d. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: Titii, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitationem, quam habet tertia superius proposita §. 3. ubi dubitationem sustuli, & *illinc* igitur petere licebit, quod etiam *hic* respondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6 *Tua tantum gratia inter-*

(2) *L.* 22. *eod. vers.* La quinta.

venit mandatum, veluti si tibi mandat, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœnerez; vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius; quam in emptiones prædiorum collocés. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium (1). *Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

COMMENTARIUS.

1 Quod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat, vult & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysostom. *de virgin. Qui enim consilium dat, permittit audientis judicio deliberationem super his, de quibus consilium datum est.* Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, hoc text. *l.* 2. *pr.* & §. *ult.* *hoc tit.* Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum, *l.* 32. *pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hereditatem adirem, cavitque insuper damnum præstari, quod aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt. Huc que etiam pertinet doctrina Ulp. in *l.* 6. §. 5. *eod.*

2 *Quia nemo ex consilio mandati obligatur*) Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, necne sibi, consi-

(1) *L.* 23. *eod.*

lium sequi, *d. l.* 2. §. *ult.* (1). Caeterum hoc ita, si a consilio absit dolus: nam si dolus seu calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii* 47. *de div. reg. jur.* (2). Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut praeter eventum, fidem tamen praestare debet; & si fraudem adhibuerit, minime excusandus est. Bene Cicero *l.* 16. *ad Atticum*, *epist.* 8. *Qui consilium dat*, inquit, *fidem praestare tenetur*; sed fidem tantum. Nam, ut idem alibi: *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, &c. qui consulit praeter fidem nihil praestat.* Cui simile est illud Ulpiani: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio*, *l.* 47. *de div. reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib.* 52. Agrippa monet Augustum, ne iis, a quibus consilium petiisset, crimini duceret si forte res secius, quam illi existimassent, caderet, his fere verbis: *Qui vero aberrant, eos nequaquam ignominia afficies, aut culpabis, cum mens eorum sententiaque spectanda, non aberratio reprehendenda sit.*

2 *Otiosam pecuniam*) Otiosa pecunia a prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l.* 7. *l.* 13. §. 1. *de usur.* quae in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia foenebris seu fructifera, quae usuras parit.

3 *Ut pecuniam Titio foenerares*) Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam foeneret simpliciter; aliud cum designatione certae personae, veluti ut pecuniam credat aut foeneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam cui pecuniam credat: & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri, sibique hoc imputare debet: consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus. Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si, cum Titius, verbi gratia, pecuniam mutuam a me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere, aut fidejussorem, quod suspectae mihi essent facultates ejus, tu consuluisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est, atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est aequissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait autem Justinianus, quaesitum esse: *An mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio foenerares*, abutens verbo *man-*

(1) *D. l.* 23. *tit.* 12. *P.* 5.

(2) *D. l.* 23. [illegible]

dandi pro *consulendi*, ut contextus ipsi evincit, & probat §. *præc.* Plane qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de proxenet.*

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7 *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi, licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem* (1).

COMMENTARIUS.

1 Materia seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ; turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. hoc tit. l. 57. pro soc. l. 26.* cum seq. *l. 123. de verb. obl.* adeo ut etsi nihil flagitiosi mandetur, si tamen alias quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolenscens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, quia simile est, ac si perdituro credideris & adversus bonam fidem, *l. 12. §. 11. eod. l. 8. pro empt.* (2).

TEXTUS.

De executione mandati.

8 *Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes; neque pluris emere debet, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem, adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi neque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ, Auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1 Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fi-

vers. Otrosi.

(1) *L. 25. de tit. 12. P. 5.*
(2) *D. l. 25. tit. 12. P. 5.*

-nes mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l.* 41. *hoc. tit.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris, quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l.* 5. §. 2. *eod.* Item, si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandato meo praestes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l.* 5. §. 3. Si militer, si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l.* 22. *eod.* (1). Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l.* 30. *in pr.* Plane in finibus mandati constitisse videtur qui fecit aequipollens, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Maevium, mandavit creditori Maevio, ut Titio crederet, *l. ult.* §. *ult. eod.*

2 *Adeo quidem ut Sabino & Cassio &c.*) Posito & generali-ter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quaeri coepit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, caeterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatorio actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat.

3 Sed Nervae & procul contra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cum utique majori summae semper insit & minor, *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque actenus actionem mandatario recte dari:

(1) *Arg. l.* 16. *de tit.* 12. *P.* 5.

quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quae sententia merito recepta est, *de l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. 33. hoc tit.* Nam saepe nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui reliquo remisso mihi gratificatur.

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9 *Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

COMMENTARIUS.

1 Mandatum itidem, ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* sed etiam propriis quibusdam & remotis a communi lege disolvendarum obligationum: quos modos ideo Justinianus etiam *hic* tradere voluit, sicut *tit. praeced.* perstrinxit modos finiendae societatis proprios. Recensentur autem *hic* modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur; duo, quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris: totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius & renunciatio.

2 *Si, dum adhuc res integra, revocatum*) Si re adhuc integra consensu mutuo a mandatu recedatur, solvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit.* videtur esse praeter regulam traditam in *l. 5. C. de obl. & act.* neminem scilicet ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. ¿ Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. ¿ Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? ¿ Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. ¿ Quid ergo si facta sit, postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse coepit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut quod post a mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: caeterum hic ex antegesto aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantum expresse fieri, sed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

tat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat: sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet quod mandatoris interest impletum esse, *dd. ll.* & *hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l.* 13. §. 1. *de re judic.* §. *ult. supr. de verb. oblig.*

3 Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ latæ nihil a mandatario exigendum secundum definitionem *l.* 5. §. 2. *commod.* esse enim similem depositario; seu ei qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet: propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l.* 8. §. *ult. hoc tit. l.* 23. *de div. reg. jur.* Certum autem est, verbo *culpæ* absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *l.* 13. *C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet id quod traditur in *l.* 21. *C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse.

4 ¿Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur, quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa; quam quod offerendo se, de diligentia sua promittere videatur, *l.* 1. §. 35. *depos.*

5 ,IN HISPANIA nullam in-
,venimus legem, qua statuatur
; mandatum ad negotia extingui
, morte, revocatione, aut renun-
, ciatione. Et quia in *l.* 20. *tit.* 12.
, *P.* 5. *vers.* Ca, simpliciter di-
, citur mandatarium teneri susce-
, ptum mandatum implere, quin
, ulla fiat renunciationis mentio,
, existimat Gregorius Lopez in
, *gloss.* 3. *ejusd. leg.* liberum non
, esse mandatario pro suo libito,

, & sine justa causa renunciare
, mandato, adhuc re integra.
, Quoad mortem vero & revoca-
, tionem, cum nulla apud nos
, appareat correctio Romanarum
, legum; eæque solidis nitantur
, rationibus, earum sententiam In-
, terpretes nostri unanimi sequun-
, tur consensu.

6 , De mandatariis seu pro-
, curatoribus ad lites statutum
, est *l.* 23. *tit.* 5. *P.* 3. ut morte
, sive mandantis, sive mandata-
, rii ante litem contestatam con-
, tingente, extinguatur manda-
, tum: non ita si mors post litis
, contestationem contigerit. Nam
, hoc casu & post mortem man-
, dantis conceditur mandatario
, mandatum exequi, ac si man-
, dans adhuc viveret, quin opus
, habeat heredum mandato mu-
, niri: & mortuo mandatario, ip-
, sius heredes cœptum judicium
, usque ad finem perducere qui-
, bunt, utique si idonei fuerint.
, Habemus quidem hæc omnia
, in *d.* *l.* 23. Cæterum Gregor.
, Lop. in *ejusd.* *l.* *gloss.* 6. ait,
, nunquam se vidisse, quod he-
, res mandatarii prosequatur li-
, tem: quod & nos dicimus.

7 , Similiter constitutum est
, *in fin.* *d.* *l.* 23. posse mandan-
, tem revocare mandatum, &
, huic renunciare mandatarium,
, quod latius exponitur in *l.* *seq.*
, 24 ut nempe omnino mandanti sit
, libera revocatio mandati ante
, cœptum judicium: uti etiam
, postea, nisi hoc casu contra-
, dixerint vel adversarius, vel
, mandatarius infamatum se dicens,
, quasi ob suspicionem remotum:
, tunc enim necesse erit, ut re-
, vocationis verbis suspicio tolla-
, tur. Hæc autem adversarii, seu
, mandatarii contradictio potens
, est revocationem impedire, quo-
, tiens sine justa causa intenta-
, tur; non alias.

8 , In renunciatione vero man-
, datarii indistincte laudatæ leges
, justam causam exigunt, *d.* *l.* 23.
, *in fin.* ibi: *O si el mismo por*
, *su grado dexa la personeria,*
, *por alguna embargo derecho,*
, *d.* *l.* 24. etiam *in fin.* ibi; *Si*
, *quisiere dexar la personeria por*
, *razon de enfermedad, o de*
, *otro embargo.* Nec alibi proba-
, ri legimus renunciationem sine
, causa, cum tamen in revoca-
, tione tradatur distinctio; cujus
, nuper meminimus inter eas, quæ
, ante & post judicium fiunt.

9 , Quoad præstationes autem
, culparum attinet, quibus man-
, datarius adstringitur, quamvis
, *ll.* 26. *tit.* 5. *P.* 3. & 20. *d.*
, *tit.* 12. *P.* 5. simpliciter manda-
, tarium doli & culpæ periculo
, subjiciant; & nomine culpæ
, absolute posito levis culpa in-
, telligatur, ut sæpe monuimus;
, tamen Gregor. Lop. in *gloss.* 1.
, *d.* *l.* 26. & in *gloss.* 5. *d.* *l.* 20.
, etiam culpam levissimam his le-
, gibus significari contendit, eam-
, que a mandatario præstandam:
, quam interpretationem probare
, potuisset ex *l.* 21. *d.* *tit.* 12. ibi:
, *Débese trabajar de cumplirlo*
, *quanto pudiere bien, e lealmen-*
, *te*; verba enim: *Quanto pudie-*
, *re*, exactissimam denotant dili-
, gentiam.

TEXTUS.

De die & conditione.

12 *Mandatum & in diem differri & sub conditione fieri potest.* (1).

Textus iste planus est.

TEXTUS.

De mercede.

13 *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *l.* 1. §. *ult. l.* 36. §. 1. *hoc tit.* alioqui videretur mandatarius beneficium cauponari. Enimvero gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *l.* 6. *pr. eod.* ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi, sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *l.* 1. *in fin. si mens. fals. mod. l.* 1. §. 10. *de extraord. cogn.* & *alib.* & a mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio.

2 Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, *d. l.* 6. *in pr.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l.* 56. §. *pen. eod. l.* 1. C. *eod.*

3 Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amanti; id est, cum Advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe atque adversus bonos mores sit; *l.* 7. *hoc tit. l.* 20. C. *eod. l.* 53. *de pact. l.* 1. §. 12. *de extr. cogn.* (2).

(1) *L.* 24. *tit.* 12. *P.* 5. *vers.* Otrosi, *l.* 5. *tit.* 13. *lib.* 4.
(2) *L.* 14. *tit.* 16. *P.* 5. *Nov. Recop.*

TITULUS VIGESIMUSOCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 Expositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu: quippe quibus in quadripartita illa distributione proposita §. *ult. sup. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem recte dicimus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Similitudinem, cum dico ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l.* 5. *de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt qui etiam ex conventione hic obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quid tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l.* 3. *de reb. cred. l.* 34. *de div. reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l.* 4. *pro soc.* item mandatum, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *mand.* locatio conductio, *l.* 13. §. *ult. locat.*

2 Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, aperte ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *l.* 1. §. 1. *de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, §. 1.

infr. hoc tit. l. 2. de neg. gest. (1), adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. 5. d. tit. l. 46. de obl. & act.* Postremo nusquam proditum est, nullum consensum *hic* vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l. 46.* in eam nos incidere, *l. 25. §. 16. fam. erc.* utilitatis causa introductam esse, *l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.*

3 Factum, unde hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorundam superstitione, *quasi contractum* appellamus. Nam etsi veteres non ita *hic* loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc: *Quasi possessio, quasi maritus, l. 32. §. penult. de don. int. vir. & ux. quasi Serviana actio, peculium quasi castrense.* Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur *§. 1. infr. de act. l. 49. de obl. & act.* & interdum absolute contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. cau. pign.* largo scilicet modo & per abusionem, *l. 3. in fin.* cum *l. seq. quib. ex ea. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus: *Factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto.* Hujus generis facta quinque *hic* recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hereditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1 *Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem* (2). *Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem di-*

(1) *L. 31. tit. 12. P. 5.*

(2) *L. 26. d. tit. 12. P. 5.*

ligentiam adhibere; qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.

COMMENTARIUS.

1 Prima species quasi contractus, negotiorum gestio, ex Cajo *l.* 5. *de obl.* & *act.* Ait. *cum quis negotia absentis gesserit.* Videlicet sine mandato, aut ignorantis: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæc actiones non nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrans, nec dominus negotiorum quidquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *l.* 2. *de neg. gest.*

2 *Domino directa competit actio*) Monuimus in explicatione §. 2. *supr. quib. mod. re contr. obl.* esse quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant; quosdam, qui ex utroque; nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos *illic* enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur: sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit; alter autem statim tenetur & directo ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, *directa* dicitur & interdum *principalis*, *l.* 17. §. 1. *commod.* quæ adversus dominum, *contraria*; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem.

3 *Adversus eum, qui gessit*) Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus quod gerendum suscepit (1): nam novum inchoare non habet necesse, *l.* 21. §. 2. *de neg. gest.* (2). Gesti obligatio duo continet: restitutionem ejus quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *l.* 2. *eod.* & damni ejus quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *l.* 11. *eod.* In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui nego-

(1) L. 26. *d. tit.* 12. *P.* 5.

(2) *L.* 35. *eod.*

tia gessit, *l.* 6. §. *ultim.* *l.* 7. *l.* 35. *eod.*

4 *Negotiorum gestori contraria*) Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l.* 2. *eod.* (1). Neque qui gessit pro invito, *l.* 8. §. *ult. de negot. gest. l. ult.* C. *eod.* Nec qui pietatis causa animo donandi, quod accidere solet in parentibus, *l.* 27. §. 1. *l.* 34. *eod. l.* 1. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. C. *eod.* Quando autem ita factum præsumatur, vel non, habes in *d. l.* 34. Competit autem hæc actio, ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l.* 5. *depos.*

5 *Subita festinatione coacti*) Sed & sæ e homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l.* 5. *in pr. vers. ideo de obl. & act.*

6. *Ad exactissimam diligentiam*) Secundum regulam traditam *l.* 5. §. 2. *commod.* non plus a negotiorum gestore exigendum videtur, quam a depositario, nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam, quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur; & tamen certi atque explorati juris est; non doli tantum nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l.* 11. *de negot. gest.* *l.* 23. *de div. reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *supr. quibus mod. re cont. obl.* §. 11. *præc. tit.* monui, regula de dolo duntaxat præstando in eo negotio in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit is, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset, *hoc tex.*

7 Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit qui ea capessat, futurum esse, ut pereant, Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immisceat., & diligentiorem forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *l.* 3. §. 9. *de negot. gest.* (2): sed sæpe hovers. Pero, *cum seqq.*

(1) *D. l.* 26.
(2) *L.* 30. *d. tit.* 12. *P.* 5.

mines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate: de quibus exaudienda regula *legis 36. de div. reg. jur.* nempe; *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.*

8 Interpretes plures post Gloss, *hic*, statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus: *Si modo alius diligentior &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ *hujus loci*, qui descriptionem quandam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, arg. §. 2. *sup. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* Adde Paul. 1. *sent.* 4. *l.* 24. *C. de usur.*

9 „In Hispania probari videtur opinio Gloss. quam modo retulimus, ut scilicet negotiorum gestor regulariter duntaxat teneatur præstare culpam levem, arg. *l.* 30. *tit.* 12. *P.* 5. quæ tantum præstationi doli, & culpæ gestorem adstringit: levissimam vero præstet, cum alius diligentissimus sese obtulisset, *l.* 34. *eod.* ubi verbo *negligentia* culpam levissimam significari, obscurum non est; cum jam antea doli, & culpæ facta fuerit mentio. Idemque clare evincunt ultima verba „*ejusd. l.* 34. *por cualquiera de estas tres maneras sobredichas*: „quæ ad dolum, culpam, & „negligentiam referuntur, tanquam ad tria distincta.

TEXTUS.

De tutela.

2 *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Secunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii itaque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt, multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, *l.* 5. §. 1. *de oblig. & action.*

(1) *L.* 21. *tit.* 16. *P.* 6.

2 *Actiones mutuae.*) Pupillo prodita est actio tutelae directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suae (1), & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, *l. 1. d. tit.* Et quamvis in administratione tutelae nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem praestare, *d. l. 1. l. 23. de div. reg. jur.* quod ratio muneris publici ad defensionem miserae aetatis constituit suasit; non levissimam, quia necessitas gerendi excusatione digna est. Vice mutua, tutor cum pupillo cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelae actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l. 1. in pr. l. ult. de cont. tut. act.* Haec eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub. tut.* cum *similib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur* (2).

De hereditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui coheredi familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est* (3).

COMMENTARIUS.

1 Tertia species, quae quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hereditatis inter coheredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti praestationibus quibusdam ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* (4). Prima & prae-

(1) *L. 6. tit. 11. P. 3.*
(2) *Princ. tit. 15. P. 6. l. 6. eod.*
(3) *L. 2. tit. 15. P. 6.*
(4) *D. l. 6. tit. 15. P. 6.*

cipua hic obligatio est, quod consors; si sponte communionem omittere possit, compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, a communione, quam nec suscipere, ne retinere quisquam cogitur l. ult. C. com. divid. discedatur: communio enim parit discordias, l. 77. §. 20. de leg. 2. (1). Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. & seqq. infr. de offic. jud.

2 Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, l. 3. com. div. (2) Lucri, ut si quid ad unum e consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text. Damni, ut si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque sarciat, l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. & §. 18. famil. ercisc. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, d. l. 25. §. 16. Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a cæteris pro rata refundantur, hoc text. d. l. 25. §. 13. & seqq. fam. ercisc. Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter heredes familiæ erciscundæ; inter eos quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hereditatis, communi dividundo, tit. D. & C. fam. erc. & comm. div. Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

De aditione hereditatis.

5. *Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), & tamen, quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur* (3).

COMMENTARIUS.

1 Quarta species quasi contractus, aditio hereditatis. Certum est, heredem adeuntem hereditatem nullum cum legatariis, quos fortasse ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum

(1) L. 1. d. tit. 15. P. 6.
(2) D. l. 16.

(3) L. 3. tit. 9. P. 6.

quis hereditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, *l.* 5. §. 2. *de oblig. & action.*

2 *Legatorum nomine*) Heres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, legatariis scilicet & fideicommissariis, *d. l.* 5. §. 2. *de oblig. & action.* & *hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit. Creditoribus autem hereditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in heredem suam transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hereditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hereditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hereditaria, sed obligatio heredis, quamvis hereditariæ loco esse dicatur, *l.* 40. *de oblig. & action.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fidecommisariis, a quibus quid relictum est: eædemque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, *l. unic.* §. 4. *C. de cad. toll.*

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6 *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod *sup.* §. 1. *quib. mod. re contr. oblig.* statim post contractum mutui, etiam indebiti soluti mentionem fecit Justinianus; sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat, qua-

(1) *L.* 28. *tit.* 14. *P.* 5.

si ex contractu eum obligari; quod *hoc loco* apertius ostendit ex Cajo *l.* 5. §. 3. *de oblig.* & *action.* Res ita habet: Qui indebitum solvit aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l.* 1. *l.* 26. §. 2. & 3. *hoc tit. de cond. ind.* (1). Aut dubitans, qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l.* 2. *eod.* Si vero simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æque ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* (2). Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, seu ignorans, se non debere: de qua specie passim agitur in *D.* & *C. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari *hoc loco* & *d. l.* 5. §. 3. *de oblig.* & *action.* traditum est (3); quam recte, videvimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est.

2. *Cui quis per errorem indebitum solvit.*) Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti conditio, duo requiruntur; ut indebitum sit quod solvitur, ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum; nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni, *l.* 26. §. 3. *l.* 51. *hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l.* 3. §. 1. *de const. pec. l. nihil* 112. *de div. reg. jur.*

3. Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l.* 10. *de oblig.* & *act. l.* 16. §. 4. *de fidejuss.* cum simil. Et vero cum etiam id quod naturâ debetur, in compensationem veniat, *l.* 6. *de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errore non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: si quidem sententia Judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julia-

(1) *L.* 30. *tit.* 14. *P.* 5.
(2) *D. l.* 30. *vers.* E otrosi.
(3) *L.* 28. *tit.* 14. *P.* 5.

nus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* (1).

4 Enimvero naturale debitum more veterum *hic* accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad senat. Vell.* prodigi promittentis, *l. 6. de verb. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones, ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. C. ad senat. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verb. oblig.*

5 Error duplex est: facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus *hic* tribuat, ignoratur *l. 1. de jur. et fact. ign.* Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Et in hac quæstione, si nulla subsit naturalis obligatio, etiam ejus quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse concedendam est. Ratio hujus est, quia condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod naturâ non debetur; sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur; sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss.* cum Prætor eo nomine in se aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit, se id pro debito non habere, per *l. 9. de jurejur.* quis credat si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa.

6 Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. 7. de cond. ca. dat.* ubi diserte Julianus post Nervam & Atilicinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, re-

(1) L. 33. tit. 14. P. 5.

peti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l.* 32. §. 1. *l.* 59. *de cond. ind.* *l.* 5. *C. eod.* & apertissimus in *l.* 1. *ut in poss. leg. in pr.* Deinde in toto *tit. D. de cond. indebit.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l.* 26. §. 3. *l.* 40. *l.* 54. *eod.* idem suadet ratio, ob quam placet, eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l.* 53. *de div. reg. jur.* quod de eo qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest.

7 At si is qui solvit, naturâ qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia: si errore facti, repetitionem habeo; si errore juris, non item *l.* 9. *C. ad leg. Falcid.* (1). Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l.* 2. *C. de fideicommiss.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt loci alii Codici in quibus, forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign.* *l.* 6. *C. de cond. ind.*

8 *Magis ex distractu, quam ex contractu*) Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget: neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa, atque idcirco ex distractu obligatio nasci hic videtur. Verum extra id quod agitur, tacite hæc obligatio nascitur, *l.* 13. *in fin. commod.* utpote mirum ex consensu ficto & præsumpto; & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit ea conditione accipere, ut nihil alienum injuriâ retineat; quæ res speciem quandam contractus & negotii invicem gesti habet, *l.* 33. *de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l.* 19. *de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est qui accepit, *d. l.* 26. §. 12. *de cond. indeb.* si vero ex contractu

(1) *L.* 31. *tit.* 14. *P.* 5.

& conventione descenderet, damnetur in solidum.

TEXTUS.

Quibus ex causis indebitum solutum non repetitur.

7. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit, sic namque definierunt veteres: Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres, quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem quique legata fuerant: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.*

COMMENTARIUS.

1 Sunt quædam causæ ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum. Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis, uno loco comprehensis a Justiniano §. 26. *de act.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *l.* 23. §. *pen. ad leg. Aquil.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est: quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *l.* 1. §. 1. *cum seqq. depos.* (1). Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d.* §. 26. Ex his ergo causis si quis per errorem solvit quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *l.* 4. C. *de cond. ind.* & hoc *text.* Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum a se amovere voluerit. Excipiuntur & aliæ causæ ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis & transactionis. Quod dotis nomine so-

(1) *L.* 8. *tit.* 3. *P.* 5.

latum est, puta a matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *l.* 32. §. 2. *de cond. ind.* (1). Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *l.* 65. §. 1. *eod.* *l.* 2. *C. de transact.* (2).

2 *Nostra autem constitutio*) Constitutio Justiniani, qua jus de quo *hic* agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat: & credibile est, græce scriptam intercidisse.

3 *Religionis vel pietatis* Religionis intuitu quid relinquitur Ecclesiis, cœnobiis; pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis &c. (3).

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIG. ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. Tit. 27.

1 Hucusque expositæ sunt duæ illa obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eundem modum, quo *sup. lib.* 2. disputationem de acquirendo rer. domino concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem *hujus loci* pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per ser-

(1) *L.* 35. *tit.* 14. *P.* 5.
(2) *L.* 34. *eod.*

(3) *D. l.* 35.

vos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novelle nostre constitutionis divisionem.

COMMENTARIUS.

1 *Veluti per servos*) Per servos nostros, & filios quos in potestate habemus eodem modo acquirimus obligationes, ac res cæteras: de quo copiose actum *lib.* 2. *tit. per quas pers. cuiq. acquir.*

2 *Secundum novellæ nostræ*) Licet ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, quod minus est; placet tamen, solum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longe absit, *l. ult.* §. 3. C. *de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus *hic* meminit Justinianus. *Novellam* vocat, eo quod lata est *priore Codice* jam edito, qui solus tunc, cum *Institutiones* scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post *priorem Codicem*, novellæ vocitatæ sunt usque ad *posterioris Codicis*, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post *secundum Codicem*, *Novellarum* titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessio.

1 *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2 *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

COMMENTARIUS.

1 Huc accomoda ea quæ diximus de acquirendo per servum fructuarium in §. 4. *per quas pers. cuiq. acquir.* & per eum cujus usus noster est in §. 3. *de usu & hab.*

TEXTUS.

De servo communi.

3 *Communem servum pro dominica parte dominis acquire-*

re certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur, Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

1 Si servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat; disces ex §. *ult. supr. de stip. serv.*

2 *Post nostram decisionem*) Est *l. ult. C. per quas pers. nob. adquir.* ubi plures casus, nunc inutiles, deciduntur.

TITULUS TRIGESIMUS.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 46. *Titt.* 2. 3. 4. *C. Lib.* 8. *Titt.* 42. 43. 44. (1).

1 Explicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahitur: commodum nunc subjungitur, quemodo recte ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur; quanquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitione Prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio (2), dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l.* 75. *l. pen. de solut. l.* 7. *C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l.* 9. *C. de solut.* (3), compensatio, §. 30. *inf. de action.* (4), duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, *l.* 17. *de obligat. & action.* rei debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, *l.* 23. *de verb. oblig.* & si quæ sunt generis ejusdem (5). Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore &c. De liberatione per exceptionem dicetur *infr. lib.* 4. *tit. de except. Hic* tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur

(1) *Tit.* 14. *P.* 5.
(2) *L.* 2. *tit.* 14. *P.* 5.
(3) *L.* 8. *eod.*
(4) *D. l.* 2. *eod.*
(5) *D. l.* 2. *l.* 9. *eod.*

ipso jure, atque ex his duntaxat in quator maxime celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur (1); *vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat* (2). *Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur* (3). *Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit; non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.*

COMMENTARIUS.

1 *Tollitur omnis obligatio solutione*) Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. *Solutionis* verbum & generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, refertiurque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *l.* 54. *de solut. l.* 47. *l.* 176. *de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox *solutionis* unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio a satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l.* 49. *l.* 52. *de solut.* cum *similib.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait *omnis obligatio*; id est, cujuscunque ea sit generis, aut quomodocunque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2 *Ejus quod debetur*) Recte, *ejus quod debetur*: nam aliud pro eo quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l.* 2. §. 1. *de reb. credit.* (4), veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur, *l.* 98. §. 6. *de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l.* 99.

(1) *D. l.* 2. *vers. Ca.*
(2) *L.* 3. *eod.*
(3) *L.* 1. *eod.*
(4) *D. l.* 3. *tit.* 14. *P.* 5.

eod. sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi. Vid. *supr, not. ad pr. quib. mod. re contr. oblig.*

3 Sunt sane nonnulli casus, quibus placet, debitorem posse æstimationem pro re debita præstare; sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram periit, *l.* 8. *de cond. furt.* aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendat, *l.* 71. §. 3. *de legat.* 1. (1); similemque rationem habet species *l.* 26. §. 2. *eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor ut in casu *d. l.* 71. §. 3. *in fin.* (2). At vero extra hujusmodi casus & causas, aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit, veluti in causa noxali: ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l.* 6. §. 1. *de re judic.* item in obligationibus faciendi; ubi si factum non est quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatum faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, ut vidimus *sup. in* §. *ult. de verb. obl.*

4 Adhæc sciendum est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo quo quæque contracta est, dissolvatur, *l.* 80. *de resol.* *l.* 35. *de div. reg. jur.*, ac proinde non dissolvitur, nisi res debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis Andr. Alciatus in *l. quidam* 21. *de reb. cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore: ac proinde, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse hujus oblationis effectum.

5 Confirmat hanc sententiam præter id quod modo attuli de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l.* 3. *fam. ercisc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat, non posse cogi creditorem accipere quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquo metuat, *l.* 99. *de solut.* Consentit auctoritas Modestini *l.* 41. §. 1. *de usur.* ubi di-

(1) *L.* 38. tit. 9. P. 6.

(2) D. *l.* 38.

serte Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem ejus quod acceptum est, solvere, ut in specie *l.* 40. *de reb. cred.* Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est; ut heres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l.* 4. §. 6. *de statulib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur propria quoque consideratione particularis solutio admissa, cum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult.* C. *de collat. fund. patrim. lib.* 11.

6 Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l.* 5. C. *de compens l.* 7. *C. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l.* 4. C. *de compens. l.* 4. *l.* 11. & *seqq.* D. *eod.* Neque textus in *l. ult. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur, de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum, solidum quod debet, offerente: nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quodque movet Alciatum, quod scribit Justinian. in fine §. 1. *hoc tit.* id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor partis solutionem admittat: ut & illud quod traditur *l.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & a creditore accipi possit; ad differentiam earum quæ natura divisionem non admittunt, atque idcirco individuæ dicuntur, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l.* 21. *de reb. cred.* quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat; nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est *l.* 8. *si pars her. pet.*

7 *Consentiente creditore*) Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, *l.* 17. *C. de solut.* (1); nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, *l.* 52. *de solut.* Enimvero ita demum *hic*

(1) *Arg. d. l.* 3. *tit.* 14. *P.* 5.

nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio, & manet pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, *l. 46. eod. tit.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l.* 20. *l.* 38. § 3. *l.* 72. §. *pen. eod.*

8 *Nec interest quis solvat &c.*) Non tantum debitor ipse recte solvit, sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, *l.* 17. *C. de solut.* Quinimo placet, licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l.* 53. *eod.* (1); idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l.* 39. *de neg. gest. d. l.* 53. Neque obstat quod traditur in *l. 69. de div. reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc ad beneficia, quæ a legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.*

9 *Liberatur enim & alio solvente*) Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex *hoc loco* & *præcitatt. ll.* intelligitur; efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Igitur ad effectum liberationis quæ debitori contingit a veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l.* 6. §. 2. *l.* 20. §. 1. *l.* 40. *mand. l. ult. C. de neg. gest.* (2).

10 *Ignorante debitore vel invito*) Sed ¿quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, *l.* 9. *C. de solut.* (3). Plane si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam poenam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto,

(1) *D. l.* 3.
(2) *L.* 12. *tit.* 12. *P.* 5.
(3) *L.* 8. *tit.* 14. *P.* 5.

factam, simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *l.* 39. *de neg. gest.* Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit.

11 *Qui pro eo intervenerunt*) Utputa fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l.* 43. *de solut.* (1). Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam ea quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

12 *Sed etiam reus*) Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est, ipso itidem jure (2) de quo genere liberationis *hic* agitur.

TEXTUS.

De acceptilatione.

1 *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere:* ¿Quod ego tibi promisi, habes ne acceptum? *& Titius respondeat*, Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών, *id est*, ¿tot denarios acceptos habes? Acceptos habeo. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

COMMENTARIUS.

1 Etiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est: *Liberatio per mutuam interrogationem, quam utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, l.* 1. *de accept.* Verba *per mutuam interrogationem*, abusive intelligenda sunt: quatenus licet interrogatio una duntaxat sit, mutuam seu sequentem habet responsionem. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in per-

(1) *L.* 1. *d. tit.* 14. *P.* 5.

(2) *L.* 3. *eod.*

sona debitoris, active in persona creditoris; ut hæc in sententia, acceptilatio est liberatio qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu quo debitor nectitur, & creditor nectit.

2 Plena & magis perspicua definitio hæc est: *Verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore an id quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa.* Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur, id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l.* 1. *C. de accept.* qualia veteribus promiscue usurpata sunt hæc: *Acceptum ferre: Acceptum facere: Acceptum habere, l. 6. l.* 7. *l.* 13. §. 1. & §§. & *ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu; fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, *l.* 19. §. 1. *eod.*

3 *Imaginaria solutio*) Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l.* 7. § 1. *de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset; unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l.* 5. *de acceptil.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l.* 16. *eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor, debitorem liberat, *l.* 12. *l.* 14. §. 1. *de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* quæ contra se habent in acceptilatione, quia scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo* 123. junct. *l.* 77. *de div. reg. jur.*

4 *Quæ verbis consistunt, non etiam cæteræ*) Id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum est, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l.* 8. §. 3. *eod. l.* 35. *de div. reg. jur. l.* 80. *de solut.*

5 *Pro parte recte solvitur*) Intellige, consentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegesi *pr. hujus tit.* & quia acceptilatio volente creditore fit, nihil impedit quominus pro parte acceptilatio obligationem tollat.

6 „In Hispania inter modos quibus obligatio tollitur, „enumeratur sub nomine *quita-„miento* pactum de nunquam pe-

„ tendo, *l.* 1. *d. tit.* 14. *P.* 5.
„ de quo iterum mentio fit in
„ *l. seq.* in cujus *l.* 2. *gloss.* 1.
„ existimat Gregor. Lop. conti-
„ neri quoque acceptilationem.
„ Plane, cum apud nos sint con-
„ fusa jura pactorum & stipula-
„ tionum, pactisque vis civiliter
„ obligandi concessa, ut monui-
„ mus in §. 1. *de berb. obl.* con-
„ sequens est, ut eandem quo-
„ que liberandi vim quam accep-
„ tilationes habent, pactis tribu-
„ tam dicamus. Tolletur itaque
„ ipso jure in Hispania obliga-
„ tio per pactum de nunquam
„ petendo, eodem modo ac per
„ solutionem, acceptilationem, &
„ novationem, ut *dd. ll.* 1. & 2.
„ satis demonstrant. Neque ac-
„ ceptilatio ad solas obligationes
„ verborum referenda: vel inter
„ scrupulos & anfractus, quibus
„ Romani eam tanquam actum
„ legitimum illigabant, constrin-
„ genda: eos etenim stare non
„ patitur celeberrima *l.* 1. *tit.* 1.
„ *lib.* 10. *Nov. Recop.* quam toties
„ laudavimus.

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2 *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & a Gallo Aquilio ita composita est:* Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve, aut sub conditione quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quominus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne a se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

1 C. Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicer. *lib.* 3. *de nat. Deor. cap.* 30. everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, herede instituendo, *l. Gallus* 29. *de liber & posth.* stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est. Ejus formula exhibetur in *hoc text.* ex *l.* 18. §. 1. *hoc tit.*

2 „ In Hispania stipulatio-
„ nis Aquilianæ usus prorsus inu-
„ tilis & supervacuus, ut ex iis,

, quæ in §. *præcedenti* diximus, , patet.

TEXTUS.

De novatione.

3 *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, a Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nula est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit; alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definibit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Novatione quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio: *Prioris delicti in aliam obligationem conversio*, *l.* 1. *de novat.* (2). Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. & pass. *eod.* Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria: obligatio vetus, obligatio nova & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque est, aut quomodocunque contracta, verbis novari potest, *l.* 1. *l.* 2. *de novat.* nec metuendum *hic* est, ne obstet regula juris de dissolven-

(1) *L.* 15. *tit.* 14. *P.* 5. *l.* 2. *eod.*

(2) *D. l.* 15.

dis obligationibus *l.* 35. *de div. reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l.* 8. §. 3. *ff. ad SC. Vellej.* qualis est, cum pro eo quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, *l.* 17. *C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *d. l.* 1. *in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Præter hæc, & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l.* 2. *in fin.* & passim *de novat. l.* 3. *C. eod.* de quo item fusius postea.

2 Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta, prior perimatur, *d. l.* 1. *eod.* (1): quæ res facit, ut etiam commoda & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant, *l.* 8. *l.* 15. *de novat. l.* 43. *de solut.* Plane, si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea, licet ante novationem obligata sunt, *l.* 3. *qui pot. in pign.* & *ibi* Bart.

3 Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel persona debitoris mutata (2): priori casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona.* Posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit: veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio id quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat & vel ignorante vel nolente debitore, *l.* 8. *in fin. de novat.* sive devitoris mandato, quæ species novationis *delegatio* dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare *hic* est: *Vice sua alium reum dare creditori*, *l.* 11. *eod.*

4 Porro sciendum est, agi *hoc loco* de novatione cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur. Et vero præter hanc quæ stipulatione fit, & alia quam inducit litis contestatio, *d. l.* 11. §. 1. *l.* 29. *eod. l.* 3. *C. de usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* Cæterum hæc species novationis superiori longe dissimilis est, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut more peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad heredes transmittitur, *l.* 26. *de oblig & act.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *l.* 56. *de re judic.* At enimvero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consu-

(1) *D. l.* 15.

(2) *D. l.* 15. *tit.* 14. *P.* 5.

mitur, *l.* 41. §. 1. *de fidejuss.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l.* 13. §. 4. *de pign.* Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent; quæ judicio accepto necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in *d. l.* 29. *de novat.*

5 *Licet posterior stipulatio inutilis*) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor qui admisit debitorem delegatum, *l.* 26. §. 2. *mand.* (1).

6 *A pupillo sine tutoris auctoritate*) Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat *ll.* 5. & 9. *de auct. tut.* (2). Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus §. 9. *de inut. stip.* & ideo, quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promisserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem (3): quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de novat.*

7 Neque est contrarium quod Paulus scribit in *l.* 30. §. 1. *eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat Paul. *d. loc.* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate ex promittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur; quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, per *l.* 19. *de div. reg. jur.* quod alienam obligationem in pupillum transtulerit (4), quem sciebat aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari quam interposita tutoris auctoritate.

8 *Et posterior obligatio nulla est*) Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l.* 1. *in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: de quo uberius disseruimus sub §. 9. *de inut. stip.*

9 *Non idem juris est, si a servo*) (5) Non quia servus ex contractu suo, si consensum spe-

(1) *D. l.* 15. *vers.* E maguer.
(2) *L.* 4. *tit.* 11. *P.* 5.
(3) *L.* 18. *tit.* 14. *P.* 5.
(4) *D. l.* 18.
(5) *L.* 17. *eod.*

ctemus, non obligetur naturaliter *l.* 13. *de cond. ind. l.* 14 *de oblig. & action.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l.* 30. §. 1. *de pact.*

10 *Si conditio aut dies*) Stipulatio etiam novationis causa non tantum pure, verum etiam sub conditione, aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, pure novandi causa promitti, eo effectu, ut teneat novatio conditione existente: non alias, *l.* 5. *l.* 8. §. 1. *l.* 14. *per tot. de novat.* Late & eleganter D. Brissonius *lib.* 2. *de solut. tit. de novat.*

11 *Dubium erat, quando novandi animo*) In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l.* 2. *in fin. l.* 8. *pr.* §. 2. & *ult. l.* 28. *de novat.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l.* 58. *de verb. oblig.* Vid. Anton. Fab. 3. *conject.* 3. Justinianus vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa *constitutio*, cujus *hic* meminit (1). Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit, & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur qui pro priore intervenerant. Plane, si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l.* 8. §. *ult. de novat.* (2).

12 ,In Hispania probatæ ,sunt *l.* 16. *tit.* 14. P. 5. Romanorum leges statuentes novatio- ,nem pure factam obligationis ,sub conditione contractæ, non ,ante valere, quam conditio ex- ,titerit. Illam tamen exceptionem ,fieri observamus in *d. l.* 16. ut ,nempe novatio valeat insuper ,habito an conditio existat, quo- ,ties in contrahenda novatione ,id fuerit expressum: quam ex- ,ceptionem in Romanorum legi- ,bus non invenimus. Plane fa- ,tendum est, quod si in lauda- ,to exemplo conditio defecerit, ,requisita quoque novationis de- ,ficerent, desiderata priori obli- ,gatione: proindeque novationem ,ipsam non consistere ut nova- ,tionem propriam obligationis

(1) *L.* 15. *tit.* 14. *P.* 5.

(2) *D. l.* 15.

„ prioris, quæ omnino fuit nulla; „ sed ut obligationem ordinariam „ & regularem, quæ habita rela„ tione ad veterem; quæ existe„ re sperabatur, contracta fuit: „ hocque sensu novatio dicitur.

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum secuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

1 Quædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis; tum civiles eæ quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, *l.* 95. §. 4. *de solut.* quod nihil aliud est; quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicut justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l.* 40. §. 1. *l.* 52. §. 2. *de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l.* 35. *de div. reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l.* 95. §. 4. *de solut.*

2 De civilibus nude consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eoque nudo consensu dissolvi, *l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* dummodo rebus integris a contractu abeatur, *l* 7. §. 6. *l.* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disced.* in quo & ipso regulam naturæ de tolendis obligationibus veteres secuti sunt, *l.* 80. *de solut. d. l.* 35. *de div. reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium (utpote a jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium): ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali, animo recedendi reddita fuerit. De furto

& injuriis lex XII. Tab. pacisci permissit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l.* 17. §. 1. *de pact.* junct. *l.* 6. *l.* 7. §. 14. *in fin. eod.*

3 *Contraria voluntate*) Id est contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l.* 1. C. *quand. lic. ab empt. disced.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l.* 5. C. *de oblig. & act. l.* 3. C. *de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut *suis locis* demonstravimus.

4 *Re nondum secuta*) Id est, si nihildum præstitum si eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur; nudo pacto obligatio constitui potest, *d. l.* 58. *in fin. de pact.*

FINIS LIBRI TERTII.

INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM LIBER IV.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 2. (1).

Ex quatuor causis obligationum propositis §. *ult. sup. de oblig.* duæ *superiore libro tertio* expositæ sunt; contractus & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quasi maleficium partem *quarti* & *ultimi* occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est: *Omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur.* Estque vel publicum: *Quod ad læsionem Reipub. directo tendit*, & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est *tit. ultimus hujus libri*; vel privatum: *Quo offenduntur singuli*, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie *crimina*; privata *maleficia* appellantur: quanquam verbum *criminis* ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. d. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis quibus nocitum est, ex ea causa debetur; sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admissi, arbitrio cognoscentis statuendam, sive cor-

(1) *Tit.* 14. *P.* 7. & *tit.* 14. *lib.* 12. *Nov. Recop.*

poralem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illa quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur; hæ vero unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

COMMENTARIUS.

1 *Hæ unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*) Ita quoque Gajus *l.* 4. *de obl.* & *act.* Obligationum quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, §. *ult. sup. de obl.* Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt; nam hæ omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l.* 4. Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti; sed ut teneatur, necesse est, contrectatio interveniat, *l.* 52. §. 19. *de furt.* Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l.* 27. §. 2. *de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l.* 1. §. 2. *l.* 5. §. 9. & *seq. de injur.* tamen illa *hic* non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l.* 25. §. 1. *de oblig.* & *action.* Illud quoque disimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

2 *Furto, rapina, damno, injuria*) Eadem genera maleficiorum, nec plura enumerat Gajus *d. l.* 4. nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo *hoc titulo*, quamvis generaliter conceptus sit, agitur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1 *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve* (1): *quod*

(1) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 7.

lege naturali prohibitum est admittere.

COMMENTARIUS.

1 Auctor hujus definitionis est Paulus *l.* 1. §. *ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib.* 2. *sent. tit.* 31. furem sic definivit: *Qui dolo malo rem alienam contrectat.*

2 *Contrectatio*) Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est, *Rem manu tractare & loco movere*, *l.* 3. §. 18. *de adq. v. am. poss. l.* 15 *ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, §. 2 *supr. de usuc. in fin.* (1). Deinde, furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l.* 52. §. 19. *hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l.* 21. §. 7. *eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *l.* 1. §. 2. *l.* 67. *eod.* Plane, etiam sine ablatione sola contrectatione furtum committi potest, *d. l.* 21. §. 8. *hoc tit.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur qui eam surripit & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam quam a domino accepit, alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve in suos usus convertit, *d. l.* 52. §. 16. *eod. l.* 7. C. *eod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf.* sub §. 6. Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente, indebitum ei quem delegavit, solvitur, *l.* 43. §. 2. *eod.*

3 *Fraudulosa*) Fraudulosa contrectatio est: *Cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo.* Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest: vid. *inf.* §. 10. Sed & si cum esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto erret, *l.* 25. §. 6. *de her. pet.* §. 2. *sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l.* 53. *hoc tit.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, §. 7. *infr. eod.* cui non est contrarium id quod Pomponius scribit, eum qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri; quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l.* 77. *eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est; fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum a rapina, actus clandestinus a violento. Nam

(1) *D. l.* 1.

etsi generali significatu & vis fraudem seu dolum habet, *l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occulte fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

4 *Lucri faciendi gratia*) Hæc verba causam finalem continent & præcipue furtum a cæteris maleficiis separant, *l.* 8. §. 2. *arb. furt. cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est, propositum & intentio delinquentis. Itaque, si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit: si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l.* 39. 53. *hoc tit. l.* 5. §. *ult. l.* 41. *ad leg. Aquil.*

5 A lucri studio, ac proinde etiam a crimine furti & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ sucurrat, *cap.* 3. ✠ *de furt. cap.* 26. *de consecr. distin.* 5. quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib.* 2. *Feud. tit. de pac. ten. & ejus viol.* §. *ult.* cui simile est quod viatori permittit Moses *Deuteron. cap.* 23. *vers. pen.* & *ult.* & Plato 8. *de legib.* Add. Covarr. in *cap. Peccatum* 4. *de regul. juris* in 6. *part.* 2. §. 1. *num.* 3. & Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 2. *n.* 6.

6 Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit qui possideat (1). Hinc enim est, quod negatur, furtum fieri rei hereditariæ ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam heres possideat; nisi res sit pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *l.* 1. §. 15. *si is qui test. l.* 68. cum 2. *ll. seqq. hoc tit. l.* 2. & *l. ult. expil. her.* Efficit hoc, inquam, subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & heredes rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hereditatis, *d. l.* 2. *de crim. expil. hered.* (2). Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, *l.* 43. §. *hoc tit.*

7 *Vel ipsius rei, vel usus possessionisve*) Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei quam contrectat, vel usus ejus, aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in §. 6. possessionis in §. 10. *infr. l.* 74. *hoc tit.*

8 *Lege naturali prohibitum*)

(1) *L.* 21. *d. tit.* 14. *P.* 7.

(2) *D. l.* 21.

Furtum per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l.* 42. *de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causa, Cicero *lib.* 3. *de offic. cap.* 5 *Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui sub *tit.* 2. *lib.* 1.

9 Sed nec illi ipsi quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum Legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes a furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, jussit nomen suum profiteri apud furum principem, atque ad eum res surreptas e vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ, Diod. Sicul. *lib.* 1. *biblioth. cap.* 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat: quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque a pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de Repub. Lacedæmon.*

10 Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat Salmas. *de usur. cap.* 9. puta, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero, quum jus naturæ vel absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectæ rationi non absolute, sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorf. *de J. N. & G. lib.* 3. *cap.* 3. §. 24.

TEXTUS.

Etymologia.

2 *Furtum autem, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte; vel a fraude; vel a ferendo, id est, auferendo; vel a Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν a ferendo φῶρας fures dixerunt.*

Textus hic omnino clarus est.

TEXTUS.

Divisio.

3 *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum, & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto, olivarum; aut in vineto, uvarum furtum fecit, quandiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quandiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est* (1).

(1) *L.* 2. *d. tit.* 14. *P.* 7.

COMMENTARIUS.

1 Furtorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, *l.* 2. *eod.* nam, ut *hic* indicatur, & latius explicatur §. *seq.* conceptum, & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes; neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l.* 21. *pr. vers. nam etsi eod.* Plane, furtum varie subdividi potest, veluti quod aliud sit diurnum, alium nocturnum, aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & a cæteris furibus abigei, balneatii, saccularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig.* & *de fur. baln. l.* 7. *de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. *infr. de publ. jud.* Ex praxi plurimarum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum (2). Simplex est: *Cui nullum aliud crimen aut circunstantia aggravans adhæret*: qualificatum contra, Gom. *lib.* 3. *variar. cap.* 5.

2 *Manifestus fur est*) Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum, eum qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam

(2) *L.* 1. *tit.* 14. *lib.* 12. *N. R.*

qui deprehenditur in loco ubi fit furtum: postremo & eum qui quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva antequam eam pertulit quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *ll.* 3. & 2. *seqq. de furt.*

3 *Visus vel deprehensus*) Non solum prehensio, se etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, *l.* 7. §. 1. & 2. *eod.*

4 *Nec manifestum furtum quid sit &c.*) Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Sed & aperte illud definitur *vers. proxime praeced.* ubi Justinianus ait, eum qui rem pertulit quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum: quomodo & Jurisconsultus *l.* 5. §. 1. *eod.* idque sic a Paulo explicatur *l.* 4. *eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert, deprehendatur, non erit fur manifestus.

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4 *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto Praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam & inventam non exhibuit. Sed hae actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *In desuetudinem abierunt*) Quatuor actionum species quae hic recensentur tempore Justiniani dudum obsoleverant, & inde nullam earum mentionem in *Pandectis* fieri voluit; neque ullam merentur operam.

TEXTUS.

Pœna.

5 *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

COMMENTARIUS.

1 Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna pecuniaria tantum; alii flagellatione; alii fustigatione; alii effossione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt. Vide Alex. ab Alex. 6. *genial. dier.* 10. Bodin. 6. *de Repub.* 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & e saxo Tarpeyo præcipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat; in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur, Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. Cæterum Prætoribus pœna illa furti manifesti nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerant.

2 Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa, extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente Judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit, *nov.* 134. *cap. ult. auth.* Sed novo C. *de serv. fug.* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam, furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris constitutio *lib.* 2. *Feud. tit. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum vero qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive ut Hotomanus legit, tonderi, §. *ult. d. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subditis* §. *injuria seu furtum* 1. Privatis tamen relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas.

3 Sunt qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit; maxime cum etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria fures plecti jubeat, *Exod. cap.* 22. Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coerceantur: satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus pœnarum permittendos esse legum Conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderint publice id expedire, neque miriore ratione cives a flagitio deterreri posse.

4 Illam vero proportionem quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolute & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives a delinquendo, non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim porportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud quo delinquens privavit proximum suum; sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *Polit. cap. ult.* ubi ait, Legislatores in puniendis delictis sæpe respicere ad id quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Staturninum in *l.* 16. *in fin. de pœn.* ubi scribit, supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit Cæcilius apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. ubi ait, acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam.

5 „In Hispania probata est „*l.* 18. *d. tit.* 14. *P.* 7. pœna „pecuniaria quadrupli in furto „manifesto, & dupli in non ma„nifesto tribuenda ei, cui furtum „fit. Cæterum eam usus non ser„vat, Gom. 3. *var. cap.* 5. *n.* 4. „& *ibi* Ayllon in *addit.* May„mò *hoc tit. n.* 14. De cæteris „pœnis corporalibus scilicet, vide „*nostram Illustrationem lib.* 2. „*tit.* 25.

TEXTUS.

De contrectatione.

6 *Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque*

sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserant de eo, qui in aciem equum perduxisset.

COMMENTARIUS.

1 Furtum fieri intelligitur, non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa: verum etiam si quis id faciat solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. Exempla habemus in textu.

2 In Hispania integra *tex*, *tus hujus* doctrina transcripta est, in *l.* 3. *d. tit.* 14. *P.* 7. Verumtamen moribus introductum, videmus, quod & ubique gentium receptum est, ut nempe, illi qui re aliena aliter quam, ipsis permissum esset, utuntur, actione duntaxat in factum teneantur ad sarciendum damnum, hac occasione dominis illatum: quod facilius procedit absoluta, ut vidimus, pœna dupli, & quadrupli.

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Rebus commodatis aliter uterentur*) Cum furtum non committatur sine animo furandi, ut *hoc text.* dicitur, nemo qui re aliena utitur, existimans se id facere domino non invito, furtum facit, *l.* 76. *eod.* ¿Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, per textum generalem in *l.* 46. §. 7. *hoc tit.*

(1) *L.* 3. *d. tit.* 14. *P.* 7.

alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, arg. *l.* 48. §. 3. *eod.* Nam, ut recte ait Bald. in *l.* 6. C. *de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est in *l.* 5. C. *de injur.* Et ideo ne attestatio quidem domini, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ prætio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur; nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart. in *d. l.* 46. §. 7. *hoc tit.* & DD. in *l.* 18. C. *de transact.* concludit Gom. 3. *resol.* 5. *num.* 2.

TEXTUS.

De voluntate domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente, id fiat, dicitur furtum non fieri* (1): *Unde illud quæsitum est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo, nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem* (2), *sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sic ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus; ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.*

COMMENTARIUS.

1 Quod *hic* ait Justinianus, furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari potest, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudu-

(1) *D. l.* 3. *vers.* E aun.

(2) *L.* 8. *d. tit.* 14. P. 7.

lenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat quod & Pomponius fatetur *l. 46. §. pen. hoc tit.* Caeterum negat, eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse, quoniam dominus qui eam uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, argum. *l. 145. de div. reg. jur.* Sunt vero & alii casus, quibus, licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis a Magistratu denegatur. Vid. *l. 1. in fin. rer. amot. l. 17. l. 89. hoc tit. §. 12. infr. eod.*

2 *Unde illud quaesitum &c.*) Quoad casum *hic* propositum ex *l. 20. C. hoc tit.* nulla opus est explicatione.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9 *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Si filiusfamil. subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulpian. *l. 14. §. 13. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est; quo filius instar servi in patris manu, potestate ac ditione erat; unde etiam liberi qui in potestate sunt, vindicari potuerunt hac adjecta clausula: *Ex lege Quiritium*, *l. 1. §. 2. de rei vind.* Ob furtum igitur filiifamil. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum Interpp. id quod patris intererit.

TEXTUS.

De re propria.

10 *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit* (2).

COMMENTARIUS.

1 Qui rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. 12. §. 2. l. 79. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert: verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam & *hic* furtum eum facere, sæpissime responsum est,

(1) *L. 22. tit. 14. P. 7.*

(2) *L. 9. eod.*

l. 19. §. ult. l. 66. in pr. eod. l. 6. C. pro empt.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio furtum factum est.

11 *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effrigendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit* (1). *Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

COMMENTARIUS.

1 Nonnunquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is cujus ope, consilio furtum factum est; in quem prodita est hæc formula: *Ope, consilio tuo furtum factum esse ajo*, *l. 27. §. 21. ad leg. Aquil.* Opem ferre ille dicitur: *Qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet*, *l. 50. hoc tit.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, *ope*, *consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam plures textus in utramque partem allegantur.

2 Cæterum plana fit hæc quæstio explicata significatione hujus vocis *consilium*, quæ triplex est. Primum significat malitiosum propositum seu animum dolosum: secundo simplices monitiones seu suasiones, veluti si de paupertate conquerentem horteris, ut furto pecunias sibi querat: & tertio persuasionem, impulsionem, simulque instructionem, ut si, exempli causa, furi commonstres viam aut rationum penetrandi in ædes alienas. Si primo capiatur modo, nemo ex solo consilio furti tenetur; sed ita ipsum necessarium est, ut sine eo neque qui præstat opem ad furandum teneatur, ut puta, qui scalas furi commodavit, ignorans cujus rei causa. Itaque hoc sensu utrumque opem scilicet, & consi-

(1) L. 4. tit. 14. P. 7.

lium, concurrere debet. Si autem secundo usurpetur modo, neque per se sufficiens est ad inducendam obligationem furti; neque est necesse ut adsit in præstante opem, cum ei, ut teneatur, sufficiat malum propositum, ut verba *hujus textus* ostendunt. Si tertio denique accipiatur modo, ipsum consilium consulentem reddet furti actioni obnoxium, quin opis præstatio necessaria in eo sit: utique si furtum secutum fuerit, quod semper desideratur, arg. *l.* 36. *pr. l.* 52. §. 19. *hoc tit. l.* 53. §. 1. *de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce *consilii* intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd.* §. 1. Exempla hujus doctrinæ, quæ in *textu* traduntur, plana sunt.

TEXTUS.

De his, qui sunt in potestate. De ope ac consilio extranei.

12 *Hi, qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse* (1).

COMMENTARIUS.

1 Servi & filii nostri, qui in potestate nostra sunt, furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenetur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l.* 17. *hoc tit.* (2): tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l.* 16. *eod.*

2 *Si vero ope & consilio*) *l.* 36. §. 1. *hoc tit.* (3). Et hoc quoque consequens est ei quod dixit, vere in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur; etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l.* 52. *pr.* junct. *l.* 1. & 2. *de act. rer. amot.* (4). Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari vetant, *l.* 11. §. 1. *de*

(1) *D. l.* 4. *tit.* 14. *P.* 7.
(2) *D. l.* 4. & *l.* 8. *tit.* 2. *P.* 3.
(3) *D. l.* 4.
(4) *D. l.* 4.

pœn. nimirum quoniam coërcitio eorum permissa ipsi patrif. Gomez 3. *var. cap.* 5. *num.* 3. Molin. *tract.* 2. *de just. & jur. disp.* 686.

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13 *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire* (1).

COMMENTARIUS.

1 Docet *hic* Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est; denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quam si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, *l.* 10. cum *seq. hoc tit.* Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur: cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l.* 12. §. 1, *eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, *l.* 48. §. 4. *eod.* Et quod dicitur, actionem furti dari iis quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinet ad omnes quorum quolibet modo interest rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *l.* 14. §. 10. & *multis seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicue etiam docet Paulus *d. l.* 85. *in pr. eod.*

2 „ In Hispania actio furti „ legatario conceditur, si post te„ statoris mortem res legata sur„ repta fuerit, *l.* 13. *tit.* 14. *P.* 7. „ *in fin.*

TEXTUS.

De pignore surrepto creditori.

14 *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti* (2).

COMMENTARIUS.

1 In numero eorum quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint

(1) *Arg. l.* 9. *tit.* 14. *P.* 7.

(2) *D. l.* 9. *tit.* 14. *P.* 7.

domini; imprimis creditor est; non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l.* 12. §. *ult. l.* 14. §. 5. & 6. *hoc tit* (1). Duplici vero respectu ac ratione *hic* interest creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l.* 14. §. 6. tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit, ei pignori potius incumbere, quam in personam agere justa, *l.* 25. *de div. reg. jur.*

TEXTUS.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit* (2). *Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio* (3): *quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

COMMENTARIUS.

1 Etiam is qui conduxit, furti actionem habet, sed ita si culpa ejus res surrepta sit, *l.* 14. §. 12. *hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem, *l.* 6. *locati*, (4). At si sine culpa conductoris res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l.* 14. §. 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l.* 12. *pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores levem tantum culpam præstat, sed ut illi qui operam offerunt etiam levissimam, seu, ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum. Repete quæ notavimus *supra ad* §. *pen. de locat.*

(1) *D. l.* 9. *tit.* 14. *P.* 7.
(2) *L.* 10. *eod.*
(3) *D. l.* 10. *vers. Mas.*
(4) *D. l.* 10.

2 *Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit*) Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum *hic* fit mentio: quoniam ei qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l.* 71. §. 1. *eod* Hinc igitur temperanda *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.*

3 *Omnino competit*) In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: nam emptoris semper interest propter pretium quod ei abest. Id fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur.

4 *Non aliter, quam si solvendo*) Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint (1). Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l.* 12. *eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest. *l.* 114. *de verb. sign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque, qui ei commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit, & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eam commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire; tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus mo-*

(1) D. l. 10. tit. 14. P. 7. ubi exceptio.

vit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem a domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognitio, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcunque causæ exitum dominus adversus furem habuerit (1): *eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

COMMENTARIUS.

1 *In nostris decisionibus*) Scriptæ sunt a Justiniano post priorem *Codicis* editionem 50. leges, quas *decisiones* appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam *hic* significat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa: Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

TEXTUS.

De re deposita.

17 *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.* (2).

COMMENTARIUS.

2 Re deposita surrepta, placet, non depositario, sed domino actionem furti dari, *l.* 14. §. 3. *hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, §. *pen. supr. quib. mod. re cont. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l.* 12. §. 1. *d. l.* 14. §. 3. *hoc tit.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18 *In summa sciendum est*

(1) *L.* 11. *d. tit.* 14. *P.* 7.
(2) *L.* 12. *tit.* 14. *P.* 7.

ubi & exceptio.

Se

quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

COMMENTARIUS.

1 Quod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo, furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l.* 53. *hoc tit.* non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, *l.* 23. *hoc tit. l.* 12. *ad leg. Corn. de sicar.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, arg. §. *pupillus* 9. *sup. de inut. stip.* (1). Gom. 3. *resol.* 1. *num.* 57. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc tex. l.* 111. *de div. reg. jur. l.* 23. *hoc tit.*

TEXTUS.

Collatio actionum.

19 *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus* (2); *quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, competit* (3).

COMMENTARIUS.

1 Actio furti sive manifesti sive nec manifesti mere pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. 18. *infr. de action.* (4). Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & condictio; quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l.* 54. §. 2. *hoc tit. l.* 7. §. 1. *de condict. furt.*

2 *Habet dominus*) Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. 13. *supr.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive

(1) *L.* 17. *tit.* 14. *P.* 7.
(2) *L.* 18. *tit.* 14. *P.* 7.
(3) *L.* 20. *eod.*
(4) *L.* 18. *tit.* 14. *P.* 7.

de vindicatione quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, *d.* §. 18. *infr. de action.* *l.* 1. *de cond. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est; cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *l.* 23. *de rei vindic.* §. 1. *infra de action.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rei nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem. cav.* §. 14. *infr. de action.* ¿Sed cur non datur ei cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini.

3 *Adversus furem*) Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse, heresve ejus, *hoc textu, l.* 5. *de cond. furt.* (1).

4 *Heredemve ejus, licèt non possideat*) Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem heredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum heredemve ejus, *hoc textu, l.* 1. *de cond. furt. l.* 1. *de priv. delict.* Quod condictio etiam in heredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in heredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *infra de perp. & temp. action.* (2). ¿Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 5. & *l.* 9. *de cond. furt.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis; id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* junct. *d.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in heredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. 9. *infr. ad leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus quæ in heredem non dantur, concepta est de iis quæ pœnales sunt ex maleficio, *d.* §. 1. *infr. de perp. & tempor. action. l.* 38. *l.* 111. §. 1. *de div. reg. jur.* & *simil.* An autem condictio furtiva transeat adversus heredem in solidum, in §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* tractabimus.

(1) *L.* 20. *eod.*

(2) *D. l.* 20.

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 8. *C. Lib.* 9. *Tit.* 33. (1).

1 Secunda species delicti privati *rapina* dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est *clandestina rei alienæ ablatio*; rapina *violenta*. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l.* 2. § 1. hoc *tit.* Inscribitur hic titulus: *De vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione*: quod in quibusdam libris etiam exprimitur.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (; quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse); sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & *est intra annum quadrupli, post annum simpli* (2). *Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit* (3), *sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

COMMENTARIUS.

1 *Tenetur etiam furti*) Quamvis verbum *furtum* stricte & in specie sumptum, rapinam non contineat, quatenus hæc vi & aperte fit, illud vero clanculum & occulte, tamen si late accipiatur, rapinam etiam comprehendit; quia ut *hic* ait Justin. qui vi rapit, rem alienam

(1) *Tit.* 13. *P.* 7. & *tit.* 15. *lib.* 12. *Nov. Recop.*
(2) *L.* 3. *tit.* 13. *P.* 7.
(3) *D. l.* 3. & *l.* 4. *tit.* 34. *lib.* 12. *Nov. Recop.*

invito domino contrectat: unde nedum fur, sed improbus fur dici solet qui rapit, *hoc textu.* Cui consequens, ut etiam furti actione teneatur: proindeque non levioris, sed gravioris conditionis est, quam qui clam amovet, cum impudentia crimen augeat. Quod autem aliquando levius ducitur quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie *l. ult. de rit. nupt.* & *l. 54. de adm. tut.* quod hic dici nequit.

2 *Propriam actionem*) Etiam speciali edicto contra ea quæ vi committuntur, Prætor consuluit, *l. 2. §. 1. hoc tit.* ut innotesceret, Prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, arg. *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* junct. *§. sic 14. infr. de act.*

3 *Intra annum quadrupli*) *d. l. 2. §. 13.* Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, *l. 35. de obl. & act.* (1). speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit. Sed hoc, quia origine civilis est, & a Prætore non de novo introducta, sed immutata, ut diximus in *§. 5. tit. præced.*

4 *Unam rem, licet minimam*) *d. l. 2. §. 11.* Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. ¿Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9. §. ult.* cum 2. *ll. seq. de dolo*? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum quod jure civili ratum est, non putavit Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

5 *In quadruplo inest & rei persecutio*) Actio vi bonorum raptorum in quadruplum a Prætore proposita, non est mere pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit tripli, *§. 19. infr. de action.* (2).

TEXTUS.

Adversus quos datur.

1 *Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius di-*

(1) *D. l. 3.*

(2) *D. l. 3. tit. 13. P. 7. & d. l. 2.*

valibus constitutionibus pro hac parte prospectum est; ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel rem se moventem, licet suam eandem rem existimat. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant. (1).

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cum crederet, se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam a possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l.* 2. §. 18. *hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc textu.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

2 *Sed ne, dum talia excogitantur*) Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu: sed si quis putet, se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per Judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l.* 176. *de div. reg. jur.* Itaque etsi is qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit; & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare, *hoc textu.* Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l.* 13. *quod met. causa*, *l. penult. ad leg. Jul. de vi privata* (2); atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l.* 3. *C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

3 *In invasionibus*) *l.* 7. *C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt, qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, *invasor* & *invadere* dicitur.

(1) *L.* 10. cum *seqq. tit.* 10. *P.* 7. *l.* 8. *eod.* & *l.* 1. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Recop.*

(2) *L.* 11. *tit.* 13. *P.* 5. *l.* 14. *tit.* 10. *P.* 7.

4 , In Hispania probatæ
, sunt pœnæ amissionis crediti
, & dominii, statutæ adversus
, creditores, & dominos qui res
, debitorum & proprias ab alio
, possessas propria auctoritate vi
, occupant, *l.* 11. *tit.* 13. *P.* 5.
, & *l.* 10. *tit.* 10. *P.* 7. ut in
, margine notavimus. Harum ta-
, men & similium legum pœnas
, totius christiani orbis usu &
, praxi antiquatas esse, testatur
, D. Covarr. 3. *var. cap.* 16. *n.* 7.

TEXTUS.

Quibus datur.

2 *Sane in hac actione non utique expectatur rem ex bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri (veluti si in deposita re culpam quoque promisit), sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem* (1).

COMMENTARIUS.

1 Vi bonorum raptorum is agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere potest, id est, is cujus interest, *hoc text. in fine.*

2 *Sive ex bonis*) *Ex bonis* esse *hic* ea dicuntur, quorum, cum aliena sint, vel emolumentum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet, ut etiam in *l.* 2. §. 22. *hoc tit.* In bonis ea quæ jure civili aut gentium ita nobis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba *in bonis* latius accipiuntur, *l.* 49. *de verbor. sign. l.* 52. *de adquir. rer. domin.* Nonnunquam promiscue utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, *l.* 11. *de usufr. legat.*

(1) L. 2. tit. 13. P. 7. junct. *l.* 9. cum *seqq. tit.* 14. eod.

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. *Tit.* 2. *C. Lib.* 3. *Tit.* 35. (1).

1 Tertia species delicti ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter est: *Detractio vel diminutio rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis.* Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, *l.* 3. *de damn. inf.* *Hoc* autem *loco* dámnum in specie accipitur pro eo quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum datis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 3. *inf.* Atque hoc damnum est quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum *hoc tit.* explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam; cujus primo capite cautum est ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. (2).

COMMENTARIUS.

2 *Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero*) Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l.* 2. *hoc tit.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia: quia liberi corporis nulla est æstimatio; sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, *l.* 1. §. 3. *de sicar.* Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ

1 Tit. 15. P. 7. (2) L. 18. d. tit. 15. P. 7.

sunt in Medicos; iisque quos occisus alere ex officio solebat puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat, Grot. *lib.* 3. *introd. cap.* 33.

2 *In eo anno plurimi*) Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l.* 2. *in pr.* de quo plura *infr.* §. 9. (1).

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1 *Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feriis bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait (sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert* (2):

Δήεις, πόγγε, σύεσσι παρήμενον, οἱ δὲ νέμονται

Παρ' Κόρακος πέτρη, ἐπί τε κρήνη Α'ρεθούση.

Hoc est:

Assidet is suibus; quorum grex magnus in agris.
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Aretusam.

COMMENTARIUS.

1 Pecudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt; multoque minus feræ bestiæ, veluti ursi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *d. l.* 2. §. 2. (3).

TEXTUS.

De injuria.

2 *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit* (4). *Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.*

Hic textus planus est. Verbo *injuria* significari, *hic* etiam culpam levissimam, & quare, mox videbimus.

(1) D. *l.* 18.
(2) D. *l.* 18

(3) D. *l.* 18. *tit.* 15. P. 7.
(4) L. 6. *tit.* 15. P. 7.

TEXTUS.

De casu, dolo & culpa.

3 *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur* (1). *Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa, quisque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

1 *Non minus ex dolo, quam ex culpa*) Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* accidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. sup. de her. instit.* apud Ulpianum *l.* 7. §. 8. *de pact. l.* 3. §. 2. *de incend. rum. naufr.* apud Callistratum *l.* 85. *de solut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4 *Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur; nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est excercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit* (2).

(1) *L. 6. eod. l. 4. d. tit.* 8. *P.* 7. & *l.* 14. *tit.* 21. *lib.* 12. *Nov. Recop.*

(2) *L. 6. d. tit.* 15. *P.* 7.

De putatione.

5 *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset; culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi* (3).

De curatione relicta.

6 *Præterea si Medicus, qui servum tuum secuit, reliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit* (4).

De imperitia medici.

7 *Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si Medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit* (5).

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo vecti.

8 *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam*

(3) *D. l. 6. vers.* Otrosi.

(4) *L. 9. eod.*

(5) *D. l.* 9.

retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio.) Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

COMMENTARIUS.

1 Afferuntur hic varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur; ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. 44. hoc tit.* & recte: nam cum potior semper sit causa ejus qui damnum patitur, quam qui dat, æquum est, damnum quacunque culpa datum sarciri ab eo qui dedit.

2 *A milite in eo campo*) Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum a culpa absit, & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l. 9. §. ult. hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse videtur (1).

3 *Si putator ex arbore dejecto ramo*) Arborem putare, factum plane licitum est, cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest, ut in textu explicatur.

4 *Imperitia quoque culpa est.*) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l. 9. §. pen. l. 13. locat. l. 27. §. 29. hoc tit.* eoque pertinet *l. imperitia 132. de div. reg. jur.* Itaque, si Medicus servum tuum imperite secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l. 7. in fin.* & *l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. *6. var.* 19. Diligenter autem considerandum est, ne quod vi morbi contigit, id Medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis Medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, *l. 6. §. 7. de off. Præs.* Culpa Medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata

(1) *Arg. d. l. 6. tit. 15. P. 7.*

Medicorum terra occultat; beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli Medico hominem occidere impune esse.

5 *Impetu quoque mularum &c.*) Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem, impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, *l.* 8. §. 1. *eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur & de heredibus.

9 *His autem verbis legis: Quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit; non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit* (1); *qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire* (2), *quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quanti in eo anno plurimi*) Hæc clausula æstimationem habet damni quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l.* 21. *l.* 23. §. 3. *hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus; quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est (3). Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere pretioque eo æstimandum quanti fuit prius, quam autem eum pollice amisisset (4). Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit, *d. l.* 21. §. 1.

2 *Pœnalem esse hujus legis actionem*) Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis

(1) *L.* 18. cum *seq. d. tit.* 15. P. 7.
(2) *L.* 3. *eod.*
(3) *D. l.* 18.
(4) *L.* 19. *d. tit.* 15. P. 7.

ultra damnum datum non æstimetur veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exsuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

3 *In heredem non transire*) Constat, hanc actionem heredi dari: sed in heredem non datur, cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior heres factus sit, *d. l.* 23. §. 8. *hoc tit.* (1), aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* (2).

4 *Quæ transitura fuisset*) Ait, actionem legis Aquiliæ in heredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque *hic locus* aperte confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniant, in heredem dari: de quo latius alibi §. *ult. supra de oblig. quæ ex del.* & *infr.* §. 1. *de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10 *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus; sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt* (3).

De concursu hujus actionis & capitalis.

11 *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

Hi duo §§. nullam desiderant interpretationem.

TEXTUS.

Capud secundum.

12 *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

1 Secundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in *l.* 27. §. 4. *hoc tit.* Quid au-

(1) *D. l.* 3.
(2) *D. l.* 3.

(3) *D. l.* 19. *tit.* 15. *P.* 7.

tem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haut temere dixerint: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quandam, re nostra illæsa. Vide, si placet, Heinec. in *Antiquit Roman. hoc tit.* §. 9.

TEXTUS.

Capud tertium.

13 *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est; veluti canem, aut feram bestiam bulneraverit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quanquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta; sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri* (1).

COMMENTARIUS.

1 In hoc capite servorum & pecudum vulnera reliquorum animalium quæ in bonis alicujus sunt, vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur, *l.* 27. §. 5. *hoc tit.* Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dare placet, in qua non corporis quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *l.* 13. *eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l.* 7. *eod. l.* 52. §. 16. *pro soc.* Cujac. 21. *observ.* 20. Add. Grot. 3. *introd. cap.* 34.

2 *Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum*) Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit: usserit fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum quo specialia complectatur, *l.* 27. §. 13. cum 2. §§. *seqq. hoc tit.*

(1) D. *l.* 18. *tit.* 15. *P.* 7. *vers.* E si.

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri* (1); *ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno: sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.* (2).

COMMENTARIUS.

1 *Si dolo aut culpa*) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus ponitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit; requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accipit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius prodeeret (3). At si omnia que oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa *l.* 30. §. *pen. hoc tit.* Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, *l.* 53. *ff. de furt.* quasi delictum ex culpa. Unde non absurde Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset; quamvis facta a potiore denominatione, potius verum delictum dicatur.

2 *Quanti in diebus triginta*) Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l.* 27. §. 5. *hoc tit.* qui excessus præsentis æstimationis *hic* pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tanquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sep Sabino recte placuit perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuisset* (4): *nam plebem Romanam, quæ Aquilia Tribuno rogante hanc legem tulit, contemtam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

1 *Hic textus* omnino clarus est.

2 „In Hispania hæ damni „æstimationis computando tem„pus retrorsum usu non ser„vantur; sed omne damum „injuria datum arbitrio Judicis „æstimatur, & læso sarcitur,

(1) *L.* 1. *d. tit.* 15. *P.* 7.
(2) *L.* 18. *eod.*
(3) *L.* 10. *eod.*
(4) *D. l.* 18.

, ut monet Anton. a Torres *hac tit. in pr.*

TEXTUS.

De actione directa, utili, & in factum.

16 *Caeterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, & is ascendendo vel descendendo, aut mortuus aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliae actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

COMMENTARIUS.

1 *Ut hic locus* plene intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut *directae* aut *utilis* a veteribus usurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis, opposita vel praeparatoria, puta actioni ad exhibendum, *l.* 3. §. 13. *l.* 17. *ad exhibend.* vel contrariae, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia &c. Vide nostra ad §. 2. *sup. quib. mod. re contr. oblig.* Deinde: actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, §. 5. *infr. de nox. action.* Postremo, directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quae consideratio *hujus locis* propria est.

2 Utilis actio sic in universum describi potest: *Actio, quae deficiente stricta juris ratione, ex aequitate introducitur.* Id vero fit bifariam: vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum praetorio, tum etiam civili aequitatem sectante. Actiones praetoriae in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi aperte verbis edicti propositae sint, §. 4. *infra de action. l.* 16. §. *ult. de pign. act.* cum *simil.* Quanquam si jus praetorium absolute spectamus, quaedam actiones hoc jure proditae, directae; quaedam utiles appellari possunt: directae, quae ipsis edicti verbis proponuntur; utiles, quas verbis cessantibus Pruden-

tum interpretatio induxit, *l. pen.* §. *ult. de his qui dejec. vel effud.* *l.* 22. *de pignor.* Sed & jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur: veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo cui illa semel competere cœpit avulsa, in alium transferatur. Hinc est, quod ei cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, heredem, donatorem manet, *l.* 16. *de pact. l.* 1. C. *de oblig. & action.* Idemque contingit in actionibus quæ ex senat. Trebelliano competunt fideicommissario. Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam casibus *hic* utilis actio constitutionibus introducta est, *l.* 3. C. *de donat. quæ sub mod.*

3 His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur: *Quæ ex verbis legis, eoque quod scriptum est, descendit.* Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse Legislatorem constat, etiamsi id verbis aperte expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresse jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interesit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset, ejus omnis quod interest, æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest, directa ex lege actio competit, §. *illud* 10. *supr. eod.* At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tanquam ex mente Legislatoris, ea non directa, sed utilis est; quamquam vi & effectu juris a directa non differt, *l.* 47. *de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic Prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l.* 11. *de præscript. verb.* Quæ omnia exemplis in *textu* illustrantur.

4 Illud etiam *hic* obiter notandum; appellatione *actionis in factum* nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in *l.* 7. §. 3. *l.* 9. *in pr. l.* 11. §. 8. *hoc tit.* Proprie autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l.* 11. *de præscript. verb.* & *hoc text. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

5 *Neque corpus læsum*) Lex Aquilia de corpore perempto aut

corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea quæ jam dicta sunt, *d. l. 11. l. 33. in fin hoc tit.*

6 „In Hispania, *leges* 4. „20. & 21. *tit.* 15. *P.* 7. pro„bant *hujus textus* doctrinam, „quatenus dantem damnum pœ„næ subjiciunt in casibus qui *hoc* „exprimuntur *textu.* Cæterum a„ctionum distinctio in directam, „utilem, & in factum, quæ in „*eodem* fit, apud nos inco„gnita.

TITULUS CUARTUS.

DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Tit. 35. & 36. (1).

1 Quarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant, aut minuant, & denique quomodo aboleatur, *hic* docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Greci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur; alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim Prætor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Omne quod non jure fit*) Quidquid non jure fit, generali verbo *injuria* dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam injustitia: est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi con-

(1) *Tit.* 9. *P.* 7. & *tit.* 25. *lib.* 12. *Nov. Recop.*

sideratur. Cicero in *Paradox. Quocunque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt. Injuriæ*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ sic generaliter dictæ Justinianus tres species *hic* commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ, quibus tamen genus propositum non exhauritur. Adeundus omnino Arist. *lib.* 5. *Ethic.*

2 *Specialiter, alias contumelia*) Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur: ut in *hoc tit. l.* 27. §. 2. *de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria est: *Omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum* (1).

3 *A contemnendo*) Contumelia a contemptu (Seneca quoque auctore) dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

4 *Alias culpa, sicut in lege Aquilia*) Lex Aquilia *injuriæ* verbo culpam intelligit, ut vidimus *tit. præced.* Atque hæc est secunda injuriæ species.

5 *Non jure contra quem pronunciat*) Tertio circa judicia, injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si Judex inique sententiam dixerit, eum qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quanquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum Judex dolo malo aut largitione corruptus, perperam pronunciat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *l.* 51. *de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum vere maleficium est; alterum proprie non est, sed quasi maleficium: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud *huic loco* contrarium non est, quod apud Paulum in *l. pen. de just. & jur.* legimus, Prætorem quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id quod Prætor fecit, sed ad illud quod Prætorem facere convenit: sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1 *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit: sed & si cui convitium factum fuerit* (2): *sive cujus bona, quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere* (3): *vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen* (*aut historiam*) *scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret* (4): *sive quis matremfamilias, aut prætextatum præ-*

(1) *L.* 1. *d. tit.* 9. P. 7.
(2) *D. l.* 1.
(3) *L.* 6. *eod. vers.* En otras.
(4) *L.* 3. *d. tit.* 9. *P.* 7.

textatamve adsectatus fuerit (1), *sive cujus pudicitia attentata esse dicetur*; & *denique, aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est* (2).

COMMENTARIUS.

1. Interpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii & frequentius ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis (3). At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit.

2 *Cum quis pugno pulsatus*) Proprie injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l. 1. §. 1.* Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur re aut facto aliquo quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. 13. §. 3. eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate Judicis, *l. 20. eod.* (4): cui simile quod *hic* proponitur de bonis quasi debitoris possessis; item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publice utatur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *l. 15. §. 27. l. 39. eod.* Cujac. *6. obs. 5.* & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt.

3 *Convitium factum*) *l. 15. §. 2.* & *seqq. hoc tit.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc est, a collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convocium*. Atque ex eo apparere, non omne *maledictum* convitium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures in cœtu dixerint; quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non proprie dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. 15. §. 4.* & *§. 11.* cum *seqq.* Animadvertendum autem, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse: veluti si quis non debitorem, quasi debitorem appellaverit, *d. l. 15. §. 33. eod.*

4 Tria feri *hic* quæri solent. Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem. Interpretes vulgo respondent, excusare, si id quod objicitur, tale est, ut publice intersit illud sciri; veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Juri-

(1) *L. 5. eod.*
(2) *D. l. 5.*
(3) *D. l. 1. l. 6. eod.*
(4) *D. l. 6.*

sconsulti in *l.* 18. *in pr. hoc tit.* ubi ait, eum qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet, si infamaverit apud Magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. Rect. prov.* Sin autem quod objicitur, innotéscere nihil interest; puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem hic admittendam, arg. *l.* 5. *C. eod.* Ita ferme Gom. 3. *resol.* 6. *num.* 2. Covarr. 1. *resol.* 11. *num.* 6. & 7.

5 Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur; atque ita etiam pronunciari solet. Vide Covarr. 1. *resol.* 11. *num.* 1.

6 Tertium est: an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei qui se ulciscitur provocatus, arg. *l.* 14. §. 6. *de bonis libertor.* Cæterum non quibuscunque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ.

7 *Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen*) Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam quæ scriptura fit, cujus species atrocissima est *famosus libellus*, sive, ut veteres locuti sunt, *malum carmen.* Nunc vulgo *Pasquillus* vocatur ex eo quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege XII. Tab. capitalis fuit, ut apparet ex loco Ciceronis 4 *de Republica* quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei cap.* 9. Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l.* 5. §. 9. *hoc tit.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione quæ exstat in *l.* *unic. Cod. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, (quem

abolere debebat, in notitiam aliorum protulit.

8 Cæterum tum demum pœnæ capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum Gloss. in *d. l. unic.* Gom. 3. *resol.* 6. *n.* 1.

9 *Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve assectatus*) Assectatur qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam, Ulpian. *l.* 15. §. 22. *hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, assectationem propterea turpem esse, quia videtur quis assectatæ feminæ pudicitiam offendere (1). Materfamilias dicitur: *Qualibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua*, *l.* 46. §. 1. *de verb. sign.* Prætextati dicebantur: *Qui prætexta adhuc & bulla utebantur*: quod fiebat usque ad annum decimum septimum; quo tempore togam virilem sumebant deposita prætexta puerili, ut meminit Cicero in *proœmio Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib.* 1. *noct. cap.* 23. mores prætextati Juvenali *satyr.* 2. *vers. ult.* sermo prætextatus; qui aliis est sermo aperte obscœnus, Sueton. in *Vespas. cap.* 22. Macrob. 2. *Saturn.* 1. aliis qui nihil obscœnitatis habet. Vid. Budæum ad *l. ult. de Senat.*

10 *Pudicitia attentata*) Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat: & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l.* 9. §. *ult.* cum *l. seq. hoc tit.* (2), hoc enim ipso significat: se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor *appellandi* verbo usus est, ut apparet ex *d. l.* 15. §. 20. & §. 22. Appellare, ait *ibi* Jurisconsultus, est: *Blanda oratione alterius pudicitiam attentare.* Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

11 ,, In Hispania, licet in ,, *vers.* Pero *l.* 1. *tit.* 9. *P.* 7. ,, generaliter statuatur, veritatem ,, probatam convitii excusare, in- ,, jur iantem ab omni pœna: ta- ,, men Interpretes nostri distin- ,, ctionem probant, quam nuper ,, *num.* 4. *hujus* §. tradidimus ex ,, Romanorum jure, D. Covarr. ,, *lib.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 6. cum seq. ,, *Gom.* 3. *var. cap.* 6. *num.* 2. ,, & *ibi* Ayllon. cum aliis, Maymó ,, *hoc tit. num.* 3. Cæterum ratio- ,, nes duæ, quibus expresse nititur ,, decisio *d. l.* 1. haud facile ad- ,, mittunt distinctionem istam, ut ,, fatetur Gregor. Lop. in *gloss.* 7. ,, *ejusd. l.* 1. *prope fin.* licet in ,, *principio ipsius gloss.* justitiam ,, laudatæ distinctionis agnoverit. ,, Si autem injuria in scripris fiat, ,, criminis objecti veritatem non

(1) *D. l.* 9. *d. tit.* 9. *P.* 7.

(2) *D. l.* 9.

, excusare injuriantem cautum est
, *l.* 3. *d.* *tit.* 9. Idemque statuit
, *l.* 2. de eo qui injuria affecerit
, suum ascendentem, patronum,
, dominumve.

12 , Insuper *d. l.* 3. expres-
, se probat opinionem Gloss. de
, pœna famosi libelli, quam *su-*
, *pra num.* 8. retulimus, dum
, statuit eos qui famosum libel-
, lum componunt, scribunt, aut
, aliis ostendunt, eadem pœna
, mortis, exilii, aliave puniendos,
, quæ crimini in libello objecto
, respondet.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur.

2 *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

COMMENTARIUS.

1 Patitur quis injuriam non solum directe per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est: non vero uxor per maritum, cujus ratio in *textu* est. Etenim ad nos quoque spectat injuria quæ iis fit, qui vel potestati vel affectui nostro subjecti sunt, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hereditatem facta, heredi quodammodo facta censetur. Semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui heredes extitimus, lacessatur (1). Si vero id ante aditam hereditatem fiat, magis hereditati fieri videtur, & sic heredi per hereditatem acquiritur, *d. l.* 1. §. 4. & §. 6.

2 , In Hispania, cum *l.* 9.
, *tit.* 9. P. 7. jus Romanorum
, probans, duntaxat actionem in-
, juriarum patri concedat ob in-
, jurias illatas liberis quos in po-
, testate habet; deneganda erit avo
, & socero: quia ut sæpe dixi-
, mus in *lib.* 1. patria potestas
, solvitur apud nos per matrimo-
, nium filii: quod & monet Greg.
, Lop. in *gloss.* 3. *d. l.* 9.

(1) L. 13. *tit.* 9. P. 7. *vers.* E aun.

TEXTUS.

De servo.

5 *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit; nulla in eum actio domino competit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Servis ipsis nulla unquam injuria fieri intelligitur, ut habemus in *text.* sed domino tantum & in casu duntaxat *ibidem* expresso. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l.* 15. §. 34. cum *seq.* & §. 43. *cum seq.*

TEXTUS.

De servo communi.

4 *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

TEXTUS.

De servo fructuario.

5 *Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

TEXTUS.

De eo qui bona fide servit.

6 *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit: tunc enim competit & tibi injuriarum actio* (2). *Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi servienti, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.*

Hi tres textus nulla indigent expositione.

(1) *L.* 9. *tit.* 9. *P.* 7. *vers.* Pero.

(2) *L.* 10. *d. tit.* 9. P. 7.

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex lege XII. Tab. & ex jure prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege XII. Tab. propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit* (1). *Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege XII. Tab. introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt (quæ etiam honoraria appellatur), in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit, aut minuitur æstimatio injuriæ: qui gradus condemnationis & in servili persona non inmerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus æstimationis constituatur.*

COMMENTARIUS.

1 Injuriæ & legibus coërcentur, & edicto Prætoris. Lex antiqua XII. Tab. de omni injuria nominatim cavit; de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib.* 20. *noct.* 1. & Paulo *lib.* 5. *sent.* 4. De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit; nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniarie tamen; idem *eodem loco* Gellius testatur; cui & Justinian. consentit: sed neuter summam exprimit.

2 *Talio erat*) Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l.* 3. *C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exod.* 21. *Levit.* 22. *Deut.* 15. Joseph. *antiq.* 4. *cap.* 6. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto,* testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

3 *Propter os fractum*) Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

4 *In magna veterum paupertate*) His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves;

(1) *L.* 21. *eod. vers.* E si pidiere.

cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariæ penuria.

5 *Sed postea Prætores*) Injuriarum pœna instituto Prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio Judicis æstimanda permittitur; ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat; *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo*. Judex deinde moderetur, & refrænet taxationem actoris (1). Hac pœna recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. refert, fuisse quendam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcunque depalmaverat, ei numerari statim secundum XII. Tab. 25. asses jubebat. Merito igitur Prætores huic legitimæ pœnæ aliam substituerunt.

6 *Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem*) Æstimatio injuriæ pro ratione personæ cui facta est, elationem submissionemve accipit.

TEXTUS.

Ex lege Cornelia.

8 *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis, verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1 Tres sunt causæ ex quibus etiam lex Cornelia actionem injurarum dedit, quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l.* 5. *hoc tit.*

2 *Pulsatus vel verberatus*) Ofilius scribit, verberare esse cum dolore cædere: *pulsare*, sine dolore, *d. l.* 5. §. 1. *hoc, tit.* Vide Car. Andr. Duker. *de latin. veter. Jurisconsult.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9 *Atrox injuria æstimatur, vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si Magistratus injuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis vel libertis. Aliter enim Senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam*

(1) *D. l.* 21. *tit.* 9. *P.* 7. *vers.* E si pidiere.

ut locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit (1). Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

COMMENTARIUS.

1 Injuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l.* 7. §. 7. *hoc tit.* eaque vel specie talis est, reque ipsa & facto, vel ex circunstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis por se atrox non sit, *d. l.* 7. §. *ult.* cum *ll. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna Judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in *textu*.

TEXTUS.

De judicio civili & criminali.

10 *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est; pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur (2). Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem qui ex ipsa manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt.* & *ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc textu*, & *l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quanta ipse injuriam æstimat. Cæterum Judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, §. 7. *supra eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis.

2 Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur; & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem,

(1) *L.* 20. *d. tit.* 9. *P.* 7.

(2) *D. l.* 21. *tit.* 9. *P.* 7.

quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est.

3 *Zenoniana constitutio*) Extat in *l. ult. C. hoc tit.* Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio Judicis pœna constituitur, reusque coërcetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc textu*, *d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, *ll. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & *ibi* Bartolum. n. 2. (1). Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. hoc tit. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.*

4 „De pœnis injuriarum quas „leges Hispanæ statuunt, tracta„mus late in *nostra Illust. lib. 2.* „*tit. 22. a. n. 9.*

TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11 *Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur* (2).

COMMENTARIUS.

1 Actio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret; *l. 11. pr. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3.*

TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12 *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere* (3).

COMMENTARIUS.

1 Injuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa est, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus quæ ex contractu proficiscuntur facere licet etiam absque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. 17. §. 1. de pact.* Quin & absente atque igno-

(1) *D. l. 21.*
(2) *L. 10. d. tit. 9. P. 7.*

(3) *L. 22. eod.*

rante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri Interpretes. Cæterum remissâ injuriâ, nihilominus peti possunt impensæ curationis, & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l.* 15. §. 46. *hoc tit.* Covarr. 2. *resol.* 10. *num.* 7. Gomez 3. *resol.* 3. *num.* 37. Vel tacita, velut si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit, ut *hic* docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quandam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat; is qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere.

2 Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quædam videtur, si quis cum eo, a quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Utique si sponte & motu proprio (1). Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Item, si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo heredi ejus non datur (2), cum cæteræ actiones pœnales etiam heredibus competant, *l.* 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *infra de perp. & temp. act.* Et denique, si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l.* 17. §. 6. *in fine hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Hunc autem annum non continuum, sed utilem esse, probabilius est, per *l.* 14. §. 2. *quod met. causa*: & facit quod in cæteris prætoriis actionibus annus utilis est, ut constat ex edictis quibus proponuntur. Quod maxime procedit ratione initii, ut scilicet non incipiat currere nisi a die scientiæ, Fachin. 9. *controv.* 8. Quæ vero actio ex lege Cornelia venit, *sup.* §. 8. perpetua est, ut cæteræ ex legibus descendentes, *infr. de perp. & temp. act. in pr.*

3 „In Hispania omnium injuriarum actio anno uno finitur: generaliter etenim loquitur *l.* 22. *tit.* 9. *P.* 7. quæ hunc constituit terminum, Gomez 3. *var. cap.* 6. *num.* 15. Neque ullæ apud nos actiones prætoriæ; sed omnes lege constitutæ sunt. Annum autem his actionibus præfinitum utilem esse ratione initii, & continuum ratione decursus, probabilius censemus. Quamvis enim verba illa *d. l.* 22. *Desde el dia que le fuese fecha la deshonra*, vi-

(1) *D. l.* 22. *tit.* 9. *P.* 7.

(2) *L.* 23. *eod.*

„ deantur probare etiam quoad ini„ tium annum debere esse conti„ nuum, ut ignoranti quoque cur„ rat : ea tamen quæ sequuntur: „ *Porque puede ome asmar, que* „ *no se tuvo por deshonrado, pues* „ *que tanto tiempo se callò* uen„ sat manifeste contrarium sua„ dent, ut recte consideravit Gre„ gorius Lopez in *glossa 2. ejusd.* „ *l. 22.*

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 5. *C. Lib.* 9. *Tit.* 3. (1).

1 Quarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo *hic* solus locus superest. Quasi maleficium est : *Omne factum quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum.* Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo *quasi contractus* nominantur ; ita quædam etiam sunt facta quæ quamvis proprie in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus : quæ ideo nostri *quasi maleficia* & *quasi delicta* appellaverunt : quorum quatuor species *hoc tit.* proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur ; sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique pecasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam ; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit (2).

COMMENTARIUS.

1 Species quasi maleficii & prima ex iis quæ *hoc titulo* proponuntur, est, si Judex male per imprudentiam judicaverit, quò etiam hoc factum refert

(1) *L.* 25. cum *seq. tit.* 15. *P.* 7.

(2) *L.* 24. *tit.* 22. *P.* 3.

Cajus: *l.* 5. §. 4. *de oblig. & action. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, *per imprudentiam* nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere: verum esse delictum, quippe cum sit culpa: ideo enim Medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. 7. *supra de leg. Aquil.* ¿Cur igitur non item dicimus, Judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia Medici periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ: Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l.* 9. §. *penult. l.* 13. §. *ult. locat.*

2 Moribus hujus ævi apud omnes fere gentes neque errata Medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque Judex ex sententia sine dolo malo, tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis.

3 *Litem suam fecerit*) Litem suam facere Judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronunciatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex Judice fit reus. Cicero 2. *de orat. cap.* 75. ¿*Quid si cum pro altero dicas, litem tuam facias?*

4 *Æquum religioni judicantis*) Judex qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id quod ob eam rem æquum Judici videbitur, condemnatur salva existimatione, *d. l. ult. de extraord. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori, si reus injuste absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est.

TEXTUS.

De dejectis vel effusis, & positis aut suspensis.

I. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta est. De*

eo vero, quod dejectum effusumque est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes Medicis præstitas, cæteraque impendia quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus (1).

COMMENTARIUS.

1 Secunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid a domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *l.* 5. §. *pen. de oblig. & action.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a Prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit, *l.* 1. & passim *de his qui dejec. vel effud.*

2 *Dejectum effusumve*) In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito Prætor edixit: quippe cum publice intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l.* 1. *in pr.* §. 1. & 2.

3 *Positum aut suspensum*) Tertia species quasi maleficii est, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *l.* 5. §. 5. *de oblig. & action.* Pœnæ horum quasi delictorum in *textu* memorantur: uti & ratio qua hæ obligationes non nascuntur proprie ex maleficio.

4 „In Hispania pœna decem marabotinorum seu maravedisiorum aureorum statuta in eum qui aliquid positum aut suspensum habet, quod alteri nocere potest, pro partibus æqualibus dividenda est inter fiscum & accusatorem, *l.* 26. *tit.* 15. *P.* 7. Quinquaginta vero marabotini aurei quibus ob hominem occisum punitur is ex cujus ædibus sive propriis, sive conductis quid dejectum est, pro partibus etiam æqualibus dividendi sunt inter fiscum & heredes occisi, *l.* 25. *eod.* Has tamen pœnas usus non servat; quod & apud alias gentes contingit. Vid. Groenew. de *legg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De filiofamilias seorsum habitante.

2 *Si filiusfamilias seorsum*

(1) *L.* 25. cum *seq. d. tit.* 15. *P.* 7.

a patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

COMMENTARIUS.

1 In speciebus *hujus* §. ideo in patrem actio non datur, quia non ex contractu aut quasi ex contractu; sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l.* 1. §. 7. *de his qui dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifamil. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, §. *ult. infra de noxal. act.* non de peculio, *l.* 58. *de div. reg. jur.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto quod pœnam meretur. Plane, si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l.* 3 §. 11. *de pec.* de quo *infr.* §. 10. *de act. n.* 6.

TEXTUS.

De damno aut furto quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta his actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur* (1). *In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredibus quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

COMMENTARIUS.

1 De damno & furto quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversus eos qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus, aut hospitibus invecta aut illata, salva fore receperunt. Constituta est

(1) L. 7. tit. 14. P. 7.

in id quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *l.* 1. *naut. caup. stab.* (1). Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res periit sine culpa levi ejus qui recipit, modo ne fato aut vi majore, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* quo loco & *d. l.* 1. §. 1. (2), etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio, cum ex contractu descendat, huc non pertinet, ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *l. pen.* §. *ult.*

2 Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *l.* 5. §. *ult. de obl. & act. d. l. pen.* §. *ult. naut. caup. stabul.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas, & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *d. l.* 5. §. *ult. de oblig. & action.* & *hoc textu* (3). Quare si quid eorum factum sit a vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *d. l. ult.* §. 2. *naut. cap. stabul.* (4), sed prior illa ex contractu, *l.* 1. §. *ultim. l.* 2. *l.* 3. *in pr. eod.* (5). Illa ex quasi maleficio pœnalis est in duplum *d. l. ult.* §. 1. (6), quia Prætor utilitatem *hic* etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium.

3 *Caupona aut stabulo*) Stabulum pro diversorio seu caupona sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios a cauponibus distinguit; significat locum ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *ff. d. tit.* cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

4 *In his casibus in factum actio*) Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

5 *Heredi quidem datur*) *d. l. ult.* §. 1. & *ult. naut. caup. stab.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod heredibus quidem dentur, sed adversus heredes non competant: neque enim æquum esset, heredem ex delicto defuncti pœnam sustinere. Vide *infra* §. 1. *de perp. & temp. action.*

(1) *D. l.* 7. *l.* 26. *tit.* 8. *P.* 5.
(2) *D. l.* 26.
(3) *D. l.* 7. *tit.* 14. *P.* 7.
(4) *D. l.* 7. *vers,* Mas.
(5) *D. l.* 7. *d. l.* 26. *tit.* 8. *P.* 5.
(6) *D. l.* 7.

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *C. Lib.* 4. *Tit.* 10.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur. Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

COMMENTARIUS.

1 *Superest*) Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis lusciotioso perviderí queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *tit. de jur. nat. gent. & civil.* qui secundus est *libri primi hujus operis*, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disçiplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones, tum ad transitionem quam facit in ingressu *libri secundi*. Nempe quo ordine partes istás summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit, agens prius de personis, postea de rebus, & tandem de actionibus.

2 Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio *hic* jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, ut diximus, Interpretes qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. præced. tit. de oblig.* atque hoc loco eandem continuari: quasi *illic* de causa actionum tractetur: quæ sit obligatio; *hic* de effectu obligationis quæ sit actio: *illic* de matre, ut loquuntur, *hic* de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt: & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus quod nobis debetur, a vinculo quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit & in bonis nostris computetur, *l. 49. de verbor. sign.* ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio:

quam quatenus est via sive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur: pervenitur & aufertur invitis: uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut rectæ Timæus Fab. *disp. de action. thes.* 1.

3. Vix Interpretem inveneris, quin *hic* in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minime obscura: sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, Magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus.

4. Adhæc, inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere; trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii nostri sit, si id sponte is qui possidet, non restituat, vel quod in obligationem a nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certe frustra sis, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris, aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare, propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis, necesse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib.* 4. *var. epist.* 10. *Fœdum est*, inquit, *jura publicà privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum.* & statim: *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. ¿Quid enim abellica confussione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* fac. *l. non est singulis* 176. *de div. reg. jur. l.* 13. *quod met. caus.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant, actiones omnes & forma & origini esse juris civilis.

5 ¿Quid ergo est quod eos transversos agit? Primum, quod apud Pomponium in *l.* 2. §. 6. *de orig. jur.* scriptum est, ex legibus XII. Tab. compositas esse, actiones, quibus inter se homines disceptarent. ¿An igitur totis trecentis annis ante, nemo cum alio agere in urbe potuit

aut quia manu regia pleraque terminabantur; nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Romani propria? quam scilicet a Prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l.* 25. *de action. rer. amot.* Tertio, quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat: quasi vero quod non producat, non sit a jure civili. Sunt itaque ratione originis, ex jure gentium, & quoad formam juris civilis, ut tutela; testamentum &c. proindeque juris civilis mixti juxta *l. 6. de just. & jure.*

6 *De actionibus*) Nomen *actionis* latissime patere, vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & Oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cum ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, numquam verbo *agendi*, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo idem significarent, quod ducere, trahere, Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare judicio cum aliquo, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur.

7 Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur, & nomen actionis predicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo *accusationis*, *l.* 1. *de crimin. stel. l.* 18 *de accus.* Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissime, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria; interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum &c. in summa, imploratio etiam nobilis officii Judicis, ut nunc loquuntur, *l.* 37. *de obl. & act. l.* 34. *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l.* 25. *ff. de obl. & action.* §. 1. *infr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *d. l.* 178. §. 2. Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *l.* 28. *hoc tit. de l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ,

§. 2. *supr. quib. mod. obl. toll.* Ex his autem significationibus eam quæ secundo loco posita est, huc pertinere, ostendit supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, *petitio*, *persecutio*, *formula*, *lis*, *causa*, *controversia*, *conventio*, *judicium*: nam & vox *judicii* pro actione sæpe sumitur, ut videre est in *l.* 1. & pass. *ff.* & *C. fam. erc.* & Prætor promiscue nunc actionem, nunc judicium se daturum pollicetur.

8 *Actio nihil aliud est, quam jus*) Animadvertendum hic est, actionem ita definitam non pertinere ad tertium juris objectum, sed ad secundum: quatenus enim ad tertium pertinet, est: *Via sive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debetur, si ultro nobis non præstetur, pervenimus*, ut nuper monuimus *num.* 2. Auctor autem definitionis in *hoc textu* tradite est Celsus in *l.* 51. *ff. hoc tit.* Generis loco *jus* ponitur; quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris, adeoque apud omnes latine loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi &c. Neque alia *hoc loco* quærenda huic verbo significatio est.

9 *Persequendi in judicio*) His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum *persequi* notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem *hoc loco* generalius, cum olim in specie cognitiones extraordinariæ, persecutiones dicerentur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.*

10 *In judicio*) His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate; sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud Magistratum sive Judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l.* 13. *quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam quæ fit apud competentem Judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. I. quid hæc verba *In judicio* significent. II. quis dicatur Judex competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt: *In jure* & *In judicio.* In jure fieri dicebant ea quæ fiebant apud Magistratum, antequam ad Judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud Prætorem: in judicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud Judices datos sive pedaneos. Actio in jure á Prætore dabatur, apud Judices recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedenti ritu, ex quo ipsi Magistratus judicare jussi sunt, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit:

nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem Magistratum omnia expediantur.

11 Operæ prætium est, rem ab origine repetere. Initio quidem Prætorem ipsum, utpote juri dicundo, civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis, creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem Magistratus, obtinuit & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut Prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & Judicium susciperent. Horum Judicum varia fuere nomina Dicuntur *Judices dati*, *delegati*, *pedanei*, *speciales*, *addicti*, *selecti*, *disceptatores*, *recuperatores*, in judiciis bonæ fidei etiam *arbitri*: de quorum nominum ratione consulantur Scipio Gent. 2. *de jurisdict.* 8. Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon 2. *de antiq. jur. civ. cap.* 18. *& seq.* Nullam vero jurisdictionem hi Judices habebant, sed nudam duntaxat notionem; hoc est, cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, Judices esse desinebant, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter Judices appellari, & a Magistratibus separari solent, *d. l.* 15. & *l.* 15. *de re jud. & alibi.*

12 Constat tamen, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi Magistratus ex officio cognoscebant, non Judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii; sine formula, hæc causæ expediebantur & disceptabantur a Prætore ipso, ut persecutiones fideicommissorum, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* aliæque.

13 Alterum quod *hic* explicandum erat, est, quis sit Judex competens; neque enim promiscue apud quemvis Judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum cujus de ea re, de qua agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex, commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Rom, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma* 33. *ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l.* 2. §. 4.

& *seqq. l.* 24. *de judic.* Commune forum item recte dixeris, in quo quisque conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii (1): & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspici locum in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l.* 2. *C. de jurisd.* Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet.

14 Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ; veluti in actionibus in personam forum tribuit locus in quo contracta est obligatio, *l.* 20. *de judic.* (2): quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur, per *l.* 2. §. 4. *l.* 19. *in princ.* & §. 1. *l.* 45. *de judic.* textu est in *cap.* 1. §. 3. *de for. comp. in* 6. Covarr. 2. *quæst.* 10. *num.* 3. Anton. Fab. C. *suo*, *ubi conv. qui cert. loc. desin.* 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *d. l.* 19 §. 1. *d. l.* 45. (3). Sin autem expresse cautum, ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus tanquam re ibi contracta, *l.* 21 *de obl.* & *act.*

15 In actionibus in rem speciale forum tribuit locus in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi; vel in loco ubi res de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. non obscurum in *l.* 3. C. *ubi in rem act.* (4). Unus fere Donellus noster *lib.* 17. *comment.* 17. ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum scilic. in quo res sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati: quod probari credit *l.* 38. *de jud.* Sed non dubito, quin quod Jurisconsultus *ibi* proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si heres a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l.* 1. *l.* 2. cum *auth. seq.* C. *ubi de crimen.*

16 Illud obiter adjicio, posse eum qui per se competens non est, ex accidenti compe-

(1) *L.* 32. *tit.* 2. *P.* 3. *vers.* La setena.

(2) *D. l.* 32. *vers.* La sesta.

(3) *D. l.* 32. & *vers.* La sesta.

(4) *L.* 32. *tit.* 2. *P.* 3. *vers.* La quinta & la setena.

tentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi accipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l.* 22. *de judic.* (1): tum ut litigatores, retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum: Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, ne causæ continentia divida dur, *l.* 10. C. *de jud.* quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur. Prorogatur jurisdictio, cum alius Judex, quam cuyus notio est, ex conventione aditur, *l.* 18. *de jurisd.* *l.* 1. *de judic.* (2).

17 *Quod sibi debetur*) Verbum *debetur* laxius accipitur, ut debere quisque dicatur; quod jure præstare tenetur, sive quia actoris est, sive quia ad illud præstandum facto suo se obstrinxit: unde tam actioni in rem, quam in personam convenit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulp. in *l.* 178. §. *ult. de verb. sign.* scribit, hoc verbum *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere.

18 Quæstium de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam ad actiones has commode aplicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo *l.* 1. *de popular. act.* *Quæ jus suum populo tuentur.* Nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur: *l.* 1. §. 1. *de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt; nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is cujus interest, præferatur, *l.* 3. §. 1. *de popul. act.* Pœna quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit, qui proinde suum persequi recte dicitur; & ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, *l.* 12. *de verbor. sign.* fisco ut applicetur rarum et singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l.* 25. §. 2. *de senatusc. Sil.*

TEXTUS.

Divisio prima.

1 *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt a-*

cum seq.

(1) *D. l.* 32. *vers.* La trecena, *l.* 20. *tit.* 4. *P.* 3. *vers.* E aun

(2) *D. l.* 32. *vers.* La novena.

ctiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditæ actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

COMMENTARIUS.

1 Proponuntur *hoc tit.* quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum veluti in tabella exhibent. Quæ *hoc §.* proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi nostris, ut in *l. 3. de stat. hom. l. 1. de ner. dis. §. 1. inst. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc *in rem & in personam* præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, a jure quod quis circa rem habet: idque confirmat tum *hic ipse locus*, tum *l. 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit.

2 Non igitur ideo actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publicam. & aliis ll.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ: ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi a prædiis exigi, atque a possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis quo possederunt.

3 At cum utraque actione & res petatur, & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim; prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quo quis circa rem habet, tanquam a causa efficiente proxima, & inidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est: unum in re, alterum ad rem: ita quoque duæ in universum diversæ actionum

species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. *Jus in re*, quod obiter hic inculcandum, multiplex: dominium tum directum, tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. *Jus ad rem* unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris, diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Haec autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se; quia se obligavit, non propter rem petitam.

4 *Quibus inter aliquos apud judices*) Tribus is verbis breviter comprehenduntur tres illae personae, quae ad constituendum judicium necessario requiruntur; actor, reus, Judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic qui excipit, & more Graecorum nostri aliquando partem fugientem appellant, *l.* 2. *C. de jurejur. prop. cal. l.* 13. §. 2. *C. de judic.* Judex dicitur: *Is apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit.* Unde judicium non male definitur: *Legitima rei controversae inter actorem & reum apud Judicem tractatio, in eum finem instituta ut lites publica auctoritate sopiantur.*

5 *Judices arbitrosve*) Nomina haec *Judex & arbiter* non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur: *Qui ita judicat, ut in eo, munere publico fungatur*: etenim judicandi munus publicum est, *l.* 78. *ff. de judic.* Atque hinc Judices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l.* 5. *de re judic.* Improprie Judices dicuntur arbitri: *Qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur, ut causam decidant*: quippe consensus privatorum Judicem facere non potest, *l.* 3. *C. de jurisd.* Apellantur autem Judices propter affinitatem, quam cum veris Judicibus habent, eo quod partibus Judicis funguntur & arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l.* 14. *C. de judic.* ac tametsi sententiae eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis poenalis.

6 Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi quos diximus, Judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque Judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi qui ex bonae fidei judicio cognoscunt; & maxime in judiciis divisoriis familiae erciscundae & communi dividundo: unde

de & judicia ipsa arbitria, *l.* 43. *l. ult. fam. ercisc. l.* 18. *comm. divid.* Sic autem appellati sunt hujus generis Judices propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi estimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat: & e converso, iidem Judices, quando stricti juris judiciis addicuntur, Judices simpliciter appellantur: quia similem potestatem non habent. De quo pluscula ad §. 28. & 30. *infr.*

7 Præterea hoc nomen *Judex* generaliter acceptum omnes, qui cognoscendi & judicandi publicam potestatem habent, comprehendit, etiam Magistratus, *l.* 1. *de judic. tot. tit. de jurisd. & alibi.* Si vero stricte sumatur, quando nempe Magistratui Judex opponitur, solos pedaneos complectitur, ut modo monuimus in *pr. hoc tit. num.* 10.

8 Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut Judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrum certæ personæ conferatur, *l.* 75. cum *seqq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur: & commentitia est, prorsusque aliena a ratione juris civilis. Interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores; quorum illi tanquam Judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono componant.

9 *In duo genera*) Ita & Ulpian in *l.* 25 *ff. hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20 *infr. eod.* actiones scilicet mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse *dicto loco* Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam; item petitio hereditatis, quæ & ipsa mixta dicitur in *l.* 7. C. *de her. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quam in personam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C. fin reg.* At enimvero si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius, non minus quam duo illa quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorundam, qui fateatur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset; sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *d.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper ha-

bendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in *d. l.* 25 ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur *vindicatio*, & in personam, quæ *condictio* appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis supersit, ab utroque distinctum.

10 Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa quæ *hic* proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde, quia tria ista judicia familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum origine sua & essentia sunt actiones in personam, fine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt; *l.* 1. *fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l.* 1. §. 1. C. *de ann. except.* Petitionem autem hereditatis inter actiones in rem, *l.* 25. §. *antepen. de her. pet. l.* 1. *l.* 27. §. 3. *de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione *d. l.* 1. *fin. reg.* cum *d. l.* 25. §. *antepen.* Nam in *d. l.* 1. Paulus sic diserte scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Ex contrario in *d. l.* 25. §. *antepen.* sic Ulpian. *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.*

11 Actiones vero quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis v. c. est actio quod metus causa, *l.* 9. §. *ult. quod met. caus.* in personam sunt, *d. l.* 9. §. 31. & palam est, illam nasci ex maleficio. Dicitur autem in rem, quia indefinite concipitur de eo quod metu gestum est, non quia nascitur ex aliquo jure quod quis in rem habet, ut proinde rem, & propter rem possesorem sequatur. Vide Donell. *hoc loco* & 15. *com.* 38.

12 *Cum eo, qui obligatus*) Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l.* 25. *ff. hoc tit.* ut sit: *Actio, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum.* Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum, cum causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum qui obligatum habet & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei qui alium obligatum habet, in eum qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem

semper locum habet, ut scribit JC. in *d. l.* 25. mirum non est: neque enim obligatio a persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum, Interpp. *hic.* Sed et quod eidem semper detur, nec alii quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo cui primo acquisita est avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat.

13 At enimvero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ dominii nostri sunt, a nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa, ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit, emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quo benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur *l.* 16. *ff. de pact. l.* 5. *l.* 8. C. *de hered. vel act. vend.*

14 In actione in rem utrumque contrario modo se habet; nam cum ea non ex alia causa nascatur quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper, qui novissime rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa, detur. Similique modo cum res quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason *hic* loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcunque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l.* 25.

15 *Vel ex contractu vel ex maleficio*) Subaudi: vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frecuentius est, quam ut apellatione *contractu* etiam quasi contractus, apellatione *maleficii* etiam quasi maleficium comprehendatur. Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ, ut vidimus supra in §. 2 *de oblig.*

16 *Dare aut facere oportere*) Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* significat dominum transferre. Sed quia nonnunquam actiones in personam dantur ei, qui dominus jam est, ut patet in eis quæ descen-

dunt ex contractibus commodati & depositi aliisque; idcirco addidit Justinianus: *Alii quibusdam modis.* Petet igitur commodans, rem sibi tradi sive restitui, non vero dari. Hoc tamen intellige ante formulas sublatas: hodie enim hæc scrupulositas negligitur, ut dicemus *infr.* §. 14 *hoc tit.*

17 *Qui nullo jure ei obligatus*) Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjunto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l.* 25. *ff. hoc tit.* ut sit: *Actio per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus*, & semper adversus eum est qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur.

18 *Quo casu prodita sunt actiones in rem*). Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscunque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus.

19. *Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse &c.*) Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; a parte actoris dominium; a parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum *hic locus*, tum *l.* 25. *in princ. ff. eod. l.* 23. *in pr.* junct. *l.* 36. & *ult. ff. de rei vindic.* (1). Primum quod *hic* intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur: *Si paret, rem petitoris esse.*

20 Alterum quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, *l.* 27. §. 1. *de rei vindic.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent, quales sunt apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt &c. *l.* 9. *ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l.* 2. C. *ubi in rem act.*

21 Interpretatione juris pro

(1) *L.* 2. *tit.* 3. *P.* 3.

possessore quoque habetur is qui se lis obtulit: judiciumque accepit decepto petitore, *l.* 25. & *seqq. ff. de rei vind.* (1). Item is qui dolo fecit, quominus possideat, *l.* 22. *l.* 36. *d. tit.* (2). De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. l.* 27. §. 1. *eod.* (3): si culpa sua, pati debet æstimationem: ita tamen, ut audiendus sit, si desideret ut adversarius actiones suas cedat, *d. l.* 36. §. 1. junct. *l.* 63. *eod. tit.* si dolo vel fraude damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit (4); nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l.* 68. & *l. seq. eod.*

22 *Possessor autem dominum ejus se esse dicat*) Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa quam profert Cic. *pro Muræna cap.* 12. *Fundus Sabinus meus est. Imo meus*: cui similis illa apud Plaut in *Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum,* Vid. Boët. in *Top. Cicer.* Gell. 20. *noct. att.* 10. Brisson *lib.* 5. *de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necesaria fuerit, sive ut plurimum honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualencunque. Ita enim nunc cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *l.* 4. *C. de edend.* §. 4. *inf. de interd.* (5).

23 Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l.* 25. *de obl. & act.* prius est, ut actor intendat, rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi a possessore postulet: ac utrumque officio Judicis probato dominio, convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse Judex pronunciat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *l.* 20. *l.* 35. §. 1. *ff. de rei vindic.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *l.* 46. *l.* 68. *d. tit.*

24 „In Hispania actiones „mixtas agnoscimus distinctas ab „actionibus in rem, & in per-

(1) *D. l.* 2. *tit.* 3. *P.* 3.
(2) *L.* 19. *tit.* 2. *P.* 3
(3) *L.* 10. *tit.* 14. *P.* 3.
(4) *D. l.* 19.
(5) *L.* 28. *d. tit.* 2. *P.* 3.

„ sanam, ceu patet ex *l.* 5. *tit.* 8. „ *lib.* 11. *Nov. Recop.* Vide quæ „ dicimus in *pr. infr. de perpet.* „ & *temp. act.*

25 „ Probatam quoque habe- „ mus *l.* 23. *tit.* 4. *P.* 3. divisio- „ nem arbitrorum in duo genera, „ quam ex jure Romanorum *supra* „ repulimus, *n.* 8.

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2 *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi; vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes* (1). *Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

COMMENTARIUS.

1 *Æque si agat quis*) Respicit ad id quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis &c.* quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ: una: *Qua quis sibi vel rebus suis deberi servitutem petit*; altera: *Qua negamus rem nostram servitutem debere, seu asserimus esse liberam.* Primâ servitutem vindicamus, & appellatur *confessoria*; secundâ libertatem, & passim *negatoria* a Prudentibus vocatur, *l.* 2. *ff. si serv. vind.* interdum *negativa*, *l.* 5. *si usufruct. pet.* & a Justiniano *hoc text.* Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum titt. *si ususfruct. pet. vel ad alium pert.*

(1) *L.* 21. *tit.* 22. *P.* 3.

negetur : *si servit. vind. vel ad al. pert. neget* inscriptio, & concepta iis verbis quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l.* 25. & *l.* 28. *de oblig. & act.*

2 Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, & confessoria verbis negativis; & negatoria affirmativis concipi valet, ut patet in exemplo proposito in *l.* 4. §. 7. *si serv. vind.*

3 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est*) Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ, & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quanquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoriis* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicunque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l.* 5. *si usufruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali; servitute scilicet, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet hic, quicquam suum esse; unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, *l.* 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in *d. l.* 5. *si usufr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

4 *Nam in his agit, qui non possidet*) Indicatur hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum, quod in illis is solus agere possit qui non possidet, nunquam qui sit in possessione.

5 In rerum vero incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione contra est: nam nec minus is qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est quod

Ulpian. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitorem esse, *l.* 6. §. 1. *si serv. vindic.* quod & traditur in *l.* 8. §. 3. *d. tit. l.* 5. §. *ult. si ususfr. pet.* & intelligendum est judicii initio dumtaxat inspecto: nam postea adversarius partes & onera petitoris suscipit, ut statim videbimus.

6 Nascitur hæc diversitas ex eo quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: ut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l.* 1. §. 6. *uti possidet.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno: patiente domino fundi, aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l.* 3. *de usufr. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum inmissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *l.* 8. §. 3. *si serv. vindic.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res, cum faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar, certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, quæ consectatur in servitute utendi securitatem, *l.* 5. §. *ult. si ususfruct. pet.*

7 Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria, qua ultro judicio experiens, libertatem rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. in *d. l.* 5. §. *ult. si ususfr. pet.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *l.* 8. §. 3. *si serv. vindic.* & ideo frustra hic nobis objici, quod a veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter

possessor sit, l. 62. *de judic.* *l.* 1. §. 3. *uti possid.* §. 4. *inf. de interd.*

8 *Sane uno casu*) Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina *Pandectarum*. Quare cum Donello & Wesemb. legendum *hoc loco* arbitrarer: *Sane non uno casu &c.* veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susciperet, *l.* 14. *l.* 19. *de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit.

TEXTUS.

De actionibus prætoriis realibus.

3 *Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam, quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse: quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

COMMENTARIUS.

1. Insinuatur hic alia actionum divisio sumpta a causis efficientibus remotis, ex quibus, aut civiles sunt, aut prætoriæ; quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l.* 25. §. *ult. de oblig. & act.*

2 *Ut ecce*) Indicantur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, *Publiciana*, & *rescissoria*, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur §§. 4. & 5.

3. *Ex diverso possessor dicat*) Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori numquam ultro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit: quod probabilius est.

4 IN HISPANIA actiones prætorias a civilibus distinctas nullas agnoscimus, sed omnes civiles sunt, ut de obligationibus diximus in §. 1. *de oblig.*

TEXTUS.

De Publiciana.

4 *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut le-*

gatorum), *& necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Pretore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Pretore in edicto proposita est.*

COMMENTARIUS.

1 Proponitur *hic* actio in rem Publiciana, sic dicta a Prætore Publicio, qui primus eam introduxit; ut *hic* in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione prætoria complectitur: qua ex causa cui competat; quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ, quid in ea actor intendat. Adversus quem competat; quo præcipue notandum erat, *hic* prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris; attingemus.

2 Poterit autem sic describi: *Actio qua quis petit, rem quam casu amisit cum esset in conditione eam usucapiendi: & interdum etiam illam quam nunquam possederat in iis nempe casibus in quibus dominium sine possessione quæri potest.* Hinc in eo qui hanc intendit actionem ex titulo per quem sine possessione non transfertur dominium, ut fere semper contingit, debent concurrere omnia quæ necessaria esse diximus ad usucapionem in *pr. de usucap. & long. temp. præscr.* dempto tempore, si enim totum usucapionis tempus fuisset lapsum, ipse tanquam jam dominus directa sive civili in rem actione uteretur, & superflua foret honoraria. Atque idcirco ait Imp. in *hoc text.* eum habere hanc actionem, qui necdum dominus effectus est.

3 Quando vero dominium sine possessione acquiri potest, nihil obstat quominus quis hac actione petat rem quam nunquam possederat, dummodo justo titulo munitus sit ab eo quem dominum esse crediderat; ut exempla habemus de eo cui ex Trebelliano restituta est hereditas in *l. 12. §. 1. de publ. in rem act.* Non est igitur necesse ut is qui hanc actionem intendit sub colore quasi rem usucepisset, admittatur, si aliter color domini ei accommodari valet.

4 Cum ergo hæc actio ei competat, qui dominus non est, utpote titulum habens a non domino, quid erit, si dominus, cum difficilis esset, ut sæpe accidit, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione dis-

junctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is cui Publiciana competit, præsumptive dominus est; & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est: ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra, & secundum tabulas.

5 *Durum erat eo casu deficere actionem*) Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii: quippe quod non statim transit in eum, qui rem licet ex justa causa sibi traditam accepit, nisi & is qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est, petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque Prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is cui justa rei possessio semel quæsita esset, quandiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

6 *Eam rem usucepisse*) *Hic* indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse quod falsum est, et constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem de qua agitur, bona fide emisse a L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse; quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset.

7 In causis ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet, *L. cum sponsus* 12. §. 11 *l.* 15. *hoc tit.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione nondum inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi nullo modo potest. Fictio itaque illa Prætoris erat, non actoris. Quia enim Prætor directe leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemni, & finxit, hunc usucepisse, cum non usuceperit. Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor eum jus domini veri usucapione exclusisse; sed tantum ratione tertii, nullo, vel infirmiore jure possidentis, actorem in ea causa esse, quasi usuceperit.

8 Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones, adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur is cui prius res tradita est (1); utpote in quem prius translatum est jus omne quod in re habuit qui tradidit: sin a diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l.* 9. §. 4. *hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius *l.* 31. §. *ult. de act. empt.* ut recte censent vulgo DD. In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat (2). Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet, quantumvis justissimus possessor qui dominus non sit, *l. pen.* & *ult. hoc tit.*

TEXTUS.

De rescissoria.

5 *Rursus ex diverso, si quis cum Reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis, simili æquitate motus, Prætor accomodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc loco* proponitur actio in rem prætoria: *Qua petimus, ut usucapio rei nostræ ab alio obtenta rescindatur*, quæ in usu juris nostri specialiter *rescissoria* appellatur, *l.* 28. §. *ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur quod jure civili ratum est, *l.* 35. *in fin. pr. de oblig. & action.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic e converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25 annis, quod extat in *l.* 1. *ex quib. causis maj.* qua parte scilicet Prætor eos

(1) L. 50. tit. 3. P. 5.

(2) D. *l.* 50. *in fin. vers.* Pero.

quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restituturum pollicetur. Idem Prætor Publicius, qui & præcedentis, auctor quoque fuit hujus actionis, quæ proinde Publiciana etiam dicitur in *l.* 57. *mand.* & in *l.* 35. *de oblig. & action.*

2 Causas duas edicto expressit: clausula edicti prima absentiam necessariam ejus cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcunque ejus qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria, si res absentis usucapta si ab eo qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo qui abfuit. Quod posterius *hic* tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore *Digestorum* volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam Prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcunque alterius absentiam nocer alteri, *l.* 1. *ex quib. causis maj.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, *hic* aut intacta aut minus perspicue indicata disces mox ex commentario.

3 *Cum Reipubl. causa abesset*) De eo qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula quæ hunc casum continet, Prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an plane voluntaria: quod & diserte Ulpian. notavit *l.* 21. §. 1. *hoc tit. ex quib. caus. maj.* Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam; absurdum esset, ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta, aut animi causa susceptam. Novissime a Justiniano cautum, aut licet defensor absentis nulus existat, tamen integrum sit præsenti usucapionem interrumpere, adito Judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l.* 2. *C. de annal. exc.* Itaque ex hac part. edicti restitutionem dari desiisse probabilius putamus, ut antea cessabat, quando aliquis quem convenire præsens poterat, defensionem absentis suscipiebat, *l.* 21. §. *pen. l.* 22. *eod.* quamvis alii aliter sentiant.

4 *Usuceperit*) Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem qui contra absentem agere non potuit, *l.* 21. §. 1. & *l. seq. hoc tit.* Atqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l.* 1. *in fin. C. de annal. exc. l.* 30. *vers. omnis, C. de jur. dot.* Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut

impleatur. Exempla in *d. l.* 1. C. *de ann. exc. d. l.* 30. C. *de jur. dot. l.* 7. §. 4. C. *de præscr.* 30. *ann.* Facti vero, quale est quod *hic* objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

5 *Permittitur domino*) Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius quia a Prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

6 *Intra annum rescissa usucapione*) Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *d. l.* 35. *in fin. pr. de oblig. & action.* Annum intellige utilem, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult.* C. *de temp. in int. restit.* (1).

7 *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*) His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita *hic* quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Itaque fictio Prætoris quoque est, ut præcedens.

8 *Quibusdam & aliis*) Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est; & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l.* 2. C. *de annal. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat: quorum absentia aut necessaria fuit, *l.* 1. §. 1. *in pr. l.* 3. cum *seqq. l.* 36. *l.* 42. *hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes (2). Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l.* 26. §. *pen.* & *ult.* cum *duabus ll. seqq. hoc tit.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *l.* 26. §. *ult. l.* 28. *in pr. eod.* Quippe priore causa nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l.* 26. §. 1. Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 17. §. 1. *l.* 41. *eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

9 *Simili æquitate motus*) Quæsitum *hic* est, an sola igno-

(1) *L.* 28. *tit.* 29. *P.* 3.

(2) *L.* 28. *tit.* 29. *P.* 3.

rantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse: arg. *l. ult. in fin. C. de præscript. long. tempor.* ibi: *Nulla ignorantia vel scientia expectanda*, *l. unic. C. de usucap. transf.* Nam cum sufficiens tempus præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique, si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, nunquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. 1. de usurp. & usucap.*

TEXTUS.

De Pauliana.

6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia Præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse* (1).

COMMENTARIUS.

1 Tertia species actionis prætoriæ *hic* proponitur, *Pauliana* dicta: *Quæ datur creditoribus ad revocanda ea quæ in fraudem eorum alienata sunt*, *l. 38. §. 4. de usur.* (2): atque huc pertinent *titt. D. quæ in fraud. cred.* & *C. de rev. his, quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; *hic* autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam *hic* nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum a Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem.

2 Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana; nam & is qui possidet quod in fraudem creditorum

(1) *L.* 7. *tit.* 15. *P.* 5.

(2) *D. l.* 7.

alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l.* 1. *l.* 9. *hoc tit. quæ in fraud. cred.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum heredi, sed etiam in heredem similesque personas, & qua tales, *l.* 10. §. *ult. eod.* quod non minus quam prius illud a natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur & propter rem ejus possessorem, *l.* 2. C. *si un. ex plur. hered.*

3 Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. *sup. eod. d. l.* 25. *de oblig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l.* 10. *l.* 14. *hoc tit.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt. Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse, diserte testatur Ulpian. *l.* 1. §. 26. *si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa detur: Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. ¿ Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l.* 38. §. 4. *de usur.* palam inter actiones in personam etiam Paulianam numerat.

4 At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. *sup. eod.* ¿ Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, si postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen & tantum lucri sui causa, retinere tentet, *l.* 9. §. *ult. l.* 14. §. 3. *quod met. caus.*

5 Illud *hic* notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorem, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Juan. Deckher. 1. *diss.* 10. *num.* 27. Sed perspicue refellitur per *l.* 15. & *l.* 17. §. 1. *hoc tit.*

6 *In fraudem creditorum*) Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum *hic* accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit: nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l.* 10. §. 1. *l.* 15. *eod.* Hoc amplius, cessat hæc actio & revocatio, nisi & is qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l.* 1. *l.* 6. §. 8. *d. l.* 10. §. 2. *eod.* (1).

(1) L. 7. *tit.* 15. P. 5. *vers.* E si.

Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6.* §. 11. *eod. l. pen.* C. *eod.* (1). Plane, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6.* §. 6. & *seq.* (2). Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6.* §. 2. *de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. in *d. l. pen.* Pet. Fab. ad *l. 78. de div. reg. jur.* Anton. Fab. 2. *conj.* 14.

7 *Alicui tradiderit.*) Edictum generalibus verbis conceptum est: *Quæ fraudationis causa gesta erunt &c.* quæ verba latissime patent, continentque quicquid quocunque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecunque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel a debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocunque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere quod habebat, ad hoc edictum pertinet *l. 1.* cum 4. *seqq. l.* 10. §. 12. & *seqq. l.* 14. & passim deinceps *hoc tit.* (3). Plane, ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat qui id agit, ne acquirat quod acquirere potest, puta qui legatum aut hereditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr.* §. 1. & *aliquot seqq. eod. l. non fraudantur* 134. *de div. reg. jur.* Atque hinc est, quod nec suus heres se abstinens edicto locum facit, *l.* 3. C. *hoc tit.* multoque minus præteritus aut exheredatus qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1.* §. 8. *si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, arg. *d. l. 6.* §. 2. *l. 19. hoc tit. d. l. 1.* §. 8. *si quid in fraud. patr.* Jo. Gutierr. in *repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. num.* 24.

8 *Bonis ejus possessis*) Adde, *& distractis*, ut addunt Dio-

(1) *D. l. 7. vers.* Eso mismo *cum seqq.*

(2) *L. 9. eod.*

(3) *L. 12. tit. 15. P. 5.*

clet. & Maxim. in *l.* 5. C. *de revoc. his, quæ in fraud. credit.* Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen.* C. *hoc tit.* (1). Verba autem hæc non referenda ad tempus alienationis factæ, ut perperam Deckher. sed ad tempus hujus actionis intentandæ, per. *ll.* 15. & 17. §. 1. *hoc tit.*

9. *Dicere, traditam non esse*) Non disserte ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim *hic* agunt creditores, quasi revera res nunquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult.* §. *ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l.* 1. *l.* 10. *eod.* nimirum, quia vel ut superior illa, contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l.* 10. §. *pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *d. l.* 10. *in pr.* (2).

10 „In Hispania quamvis „*l.* 7. *tit.* 15. P. 5. probare vi„deatur opinionem Joann. De„ckheri, quam *supr.* refellimus „*num.* 5. quod nempe non aliter „creditoribus jus sit revocatio„nem petendi, quam si aliena„tio post decretum Judicis fue„rit facta, ibi: *Que despues que „es condenado en juicio*, tamen „Greg. Lop. in *glos.* 3. *ejusd. l.* „exempli causa id positum arbi„tratur. Et sane eadem est ra„tio, quando de animo fraudan„di constat in alienatione ante de„cretum.

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana seu hypothecaria.

7 *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione*

(1) D. *l.* 7. *tit.* 15. *P.* 5. *vers.* Ca si, & *ibi* Lop. *glos.* 3.

(2) *L.* 7. *tit.* 15. *P.* 5. *vers.* E por ende.

tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

COMMENTARIUS.

1 Ad extremum proponitur *hic* actio in rem de pignore, quæ item jure honorario militatis causa comparata est, *l.* 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum possesio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum Prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente Prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l.* 17. *de pign. l.* 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut *hic* declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l.* 16. §. 3. *de pign.* (1). Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem de qua agitur, restituere (2): alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l.* 16. §. 3.

2 Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. I. se jus pignoris in re de qua agitur, habere: II. possessionem ejus rei esse penes eum qui convenitur. Ad primum quod attinet, necesse non est, probari a creditore debitorem rei dominum fuisse, sed duntaxat rem fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor, debitore agente Publiciana; eo probato etiam succumbere debet, creditore agente hypothecaria, arg. *l.* 18. *de pign.* Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Nihil autem interest quo titulo possideat, oneroso an lucrativo.

3 Olim si alius quam debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus a possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l.* 14. *l.* 24. *C. de pignor.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denunciationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l.* 10. *C. de pign.* Justinianus autem a creditoribus plus exigit; constituit enim, ut si debitores præsentes sint, non tantum denunciationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejusso-

(1) *L.* 14. *tit.* 13. *P.* 5.

(2) *L.* 18. *tit.* 13. *P.* 5.

rum, si qui sint, facultatibus, *nov.* 4. *cap.* 2. unde *auth.* Sed hodie C. *de obl. & act.* & *auth.* Hoc si debitor C. *de pign.* (1). Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *l.* 47. *de jure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut heres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *d. nov.* 4. *cap.* 4. *vers. contra principales*, *l.* 24. junct. pr. *auth. seq.* Hoc si debitor C. *de pign.* (2).

4 *Serviana & quasi Serviana, quae etiam hipothecaria*) Duplex igitur de pignore in rem actio est: *Serviana*, dicta ab auctore eadem analogia, qua Publiciana, & ut in text. dicitur, esq: *Qua quis experitur de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur* Et *quasi Serviana*, sic dicta, quia ad exemplum Servianae introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l.* 1. *in pr.* & §. 2. *de pign.* *l.* 1. *C. de precar.* Haec eadem, ut *hic* traditur, etiam *hypothecaria* appellatur, a re scilicet & nomine communi; quod nomen etiam Servianae competit: sed cum haec nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit Nonnunquam tamen appellatione Servianae & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l.* 3. l. 18. *de pign.* *l.* 28. *de pig. act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quae pigneratitia proprie dicitur, ut diximus supra in §. *ult. quib. mod. re cont. obl.*

5 *Ex ipsius Praetoris jurisdictione*) Atqui quasi Serviana a Praetore introducta non est; sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quae a Praetore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones quae ad imitationem edicti a Prudentibus compositae sunt, praetorias censeri, propterea quod causam & initium a jurisdictione Praetoris acceperant.

6 *De rebus coloni*) Dubium non est, quin ea actio de pignore, quae verbis edicti proposita fuit, Serviana proprie vocetur. Unde existimare licet, Praetorem nominatim tantum de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, loculum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod a colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non proprie Serviana experimur, sed quasi Serviana quae est ex edicti productione.

7 *Quae pignoris jure pro mercedibus*) Relativum *quae* hic non demonstrat sed distinguit: quip-

(1) *D. l.* 14. *tit.* 13. *P.* 5. *vers.* E si.

(2) *D. l.* 14. *vers.* Otrosi.

pe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercedi fundi locatori esse obligatas, sed de his quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes, qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *l.* 7. *in quib. caus. pign. tac.* Deinde ea & sola de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. 3. *in fine inst. de interdict.* nam nec invecta, inducta aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *l.* 4. & *d. l.* 7. *d. tit. l.* 5. *C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani a conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l.* 4. *de pact.* & *d. l.* 4. *in quib. caus. pign. tac.* (1). Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l.* 61. §. 8. *de furt.* quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset.

8 Scio, veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum, tacite sive citra pactionem expressam, pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l.* 5. C. *de locat.* Sed merito hæc sententia a recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexandri constitutio qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur conventio, quemadmodum etiam in *l.* 5. §. 1. *in quib. cau. pign. tac.* maxime cum verba ipsius Alexandri evincant, non constitui jus novum in *d. l.* 5. *C.*

9 *Qua creditores pignora persequuntur*) Actio quasi Serviana seu hypothecaria est: *Qua creditores persequuntur res omnes oppigneratas, demptis iis quæ objectum sunt actionis Servianæ.* Locum itaque habet in quovis pignoris genere.

10 *Inter pignus & hipothecam, quantum ad actionem hypothecariam*) Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcianus *l.* 5. §. 1. *de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit *hic* Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*: quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *d. l.* 5. quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

11 *Pignoris appellatione eam proprie rem &c.*) Si significatio-

(1) *L.* 5. *tit.* 8. *P.* 5.

nem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur, cum simil res traditur creditori, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt a notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit a pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *l.* 238. §. 1. *de verb. sign.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam solam cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, (dictum παρα τὸ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere*, *fiduciare*; ut appareat verbum generale esse), eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo *hypotheca*, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca a pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l.* 9. §. 2. *de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen *hypothecæ* occurrat, sed *fiduciæ* duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* sicut nec actionis *hypothecariæ* ullibi in iis mentio extat, sed *fiduciariæ*, judicii & actionis fiduciæ tantum, ut apud eundem Paulum *lib.* 2. *tit.* 13 Modestinus apud Licinium Ruffinum in *collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.*

12 „In Hispania duo quo„que probanda sunt creditori per„sequenti pignus. Primum nem„pe, pignoris conventione ce„lebratam fuisse: secundum, de„bitorem fuisse rei dominum „conventionis tempore, *l.* 18. „*tit.* 13. *P.* 5. ibi: *Que era* „*aquella cosa suya*, quod Ro„manorum jure necessarium non „esse nuper vidimus. Hoc au„tem ultimum intelligit Greg. „Lop. in *glos.* 1. *d. l.* 18. pro„cedere eo duntaxat casu, quo „creditor adversus tertium pos„sessorem agat. Et sane de eo „loquitur *d. l.* 18.

13 „Probata etiam apud nos „est distinctio inter illata & in„vecta in prædium urbanum & „in prædium rusticum, ut prio„ra pignori pro mercede suppo-

, sita censeantur, eo solum quod
, illata sint: at in illatis in præ-
, dium rusticum requiratur ulte-
, rius, ut domini locatoris scien-
, tia fuerint illata, *l.* 5. *tit.* 8.
, *P.* 5. Cum vero *lex ista* so-
, lam domini scientiam hoc po-
, steriore casu exigat, probare
, videtur opinionem veterum In-
, terpretum, quam *supra num.* 8.
, parum consonam juri Romano-
, rum existimavimus, Greg. Lop.
, *glos.* 9. *d. l.* 5. Pichar. *hoc.*
, *text. n.* 20.

TEXTUS.

De actionibus prætoriis personalibus.

8 *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

COMMENTARIUS.

1 Hactenus actiones prætoriæ in rem; subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim *hoc loco* omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

TEXTUS.

De constituta pecunia.

9 *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civile tenentur.*

COMMENTARIUS.

1 Actio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit, se soluturum quod ante debitum fuit, *l.* 1. §. 1. *de const. pec. l.* 2. *C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur.

2 „In Hispania meminisse
„ oportet, jura pactorum & sti-
„ pulationum confusa & exæqua-
„ ta esse, pactisque omnibus se-

,riis & deliberatis vim obligan-
,di tributam, ut sæpius monui-
,mus *lib.* 3. Unde jura stipula-
,tionum, quæ a constituto de-
,viant, silent apud nos.

TEXTUS.

De peculio.

10 *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit Prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

COMMENTARIUS.

1 Etiam actiones quæ de peculio ex contractu filiifamil. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l.* 1. *C. ne uxor pro marit. l.* 1. C. *ne fil. pro patr.* Sed Prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum, pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, arg. *l.* 1. §. 5. *de adq. vel amit. poss. l.* 1. *si a par. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur.

2 Porro, ut *hic locus* ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure quod quis in re habet, sed ex obligatione. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam quam modo allegavimus. Plane, in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l.* 27. §. 2. *de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat, *l.* 25. *de oblig. & action.* Cæterum hoc ideo placuit, quia Prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

3 *Actiones*) Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quod sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi &c. de peculio. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjectio, prorsus ut actio noxalis non est

propria actio specie distincta ab ea quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quanquam novam habet qualitatem. Vide *infra tit.* 8.

4 *De peculio*) Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifamil. multiplex & non unius naturæ, ut vidimus in §. 1. *per quas pers. cuiq. acq.* Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patrisfamil. in eo obtinet, ut sæpe diximus. De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, si istud fuerit ordinarium, in quo scilicet filius nudam habet proprietatem, & pater usumfructum, convenietur adhuc pater, sed adhibito consensu filii, nisi hic fuerit in prima ætate, vel longe absens, *l. ult.* §. 3. *C. de bon. quæ liber.* At si extraordinarium, cujus plena proprietas ad filium pertinet, cum facultate de eo disponendi, quo voluerit modo, *nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. nullam pater actionem timebit.

5 *Adversus patrem & dominum*) Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l.* 44. *de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia a manumisso soluta non repetatur, *l.* 50. §. 2. *eod. l.* 14. *de oblig. & action.* Illud vero per se planum est, pro eo quod actor a patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

6 *Ex contractu*) Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l.* 1. §. 7. *de his qui dejec. l. ex pœnalibus* 58. *de div. reg. jur.* Et merito, nam pater & dominus peculium dant filiis & servis, ut contrahant, non ut delinquant. Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio: nam *hic* pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu: quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit.* 8.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11 *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Inter actiones quæ a Prætore proditæ in personam sunt, numeratur *hoc loco* & actio ex jurejurando. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l.* 26. §. *ult. de jurejur.* A consultis appellatur etiam modo *in factum*, modo *utilis*, modo *actio vetus*, & est: *Actio competens ei qui reo deferente juravit pecuniam sibi deberi, vel rem suam esse, adversus ipsum qui jusjurandum detulit.*

2 *Postulante adversario*) Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillime quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l.* 3. *de jurejurando.*

3 *Juraverit*) Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 1. C. *eod.* Remitti, autem qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l.* 6. *eod.*

4 *Justissime accomodat ei talem actionem*) Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *l.* 25. & *l. seq.* §. *ultim. eod.* item speciem transactionis continere, *l.* 2. *eod.* id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l.* 31. *eod. l.* 21. *de dolo.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l.* 1. *eod.* Constituta est igitur actio ei qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *infra sub. tit. de except.* §. 4.

5 *Sed an juraverit*) Dato igitur jurejurando, vel remisso, non aliud quæritur, quam an juratum sit, aut parato jurare

(1) L. 2. *tit.* 11. *P.* 3.

jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi satis id probatum sit jurejurando, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *eod. l.* 11. *C. de reb. cred.* & *jurejur.* ubi hujus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renunciasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l.* 30. §. *ult. eod.* Anton. Fab. C. *suo eod. tit. defin.* 11. Aliæ jurisjurandi species huc non pertinent. De eis agitur in *D. lib.* 12. *tit.* 2.

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12 *Pœnales quoque actiones Prætor pene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset; & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocaset, cum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

COMMENTARIUS.

1 Habuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum quæ quidem & ipsæ prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem habent: ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

2 *Pene multas*) Pro *pene* videtur legendum *bene*, id est, valde, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib.* 2. *de Orat. cap.* 88. *Habetis sermonem bene longum.* Idem in *Rull. cap.* 22. *Adolescens non minus bene nummatus, quam capillatus.* Oppius *de bell. Hisp. lib.* 5. *cap.* 12. *Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Ex mox, *cap.* 13. *Cum bene magnam partem muri consumpsissent.*

3 *Qui quid ex albo*) Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione Prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum qui album Prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l.* 7. *in pr. de jurisd.* Album *hoc loco* significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset.

4 *Qui patronum vel parentem in jus vocasset*) Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt quæ in totum in jus vocari prohibentur: quædam

quæ vocari prohibentur sine venia Prætoris. In totum vocari prohibentur Magistratus qui imperium habent: item onmes qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa detinentur, *l.* 2. cum 2. *ll. seqq. de in jus. voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo Prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam (1), liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium (2) quinquaginta aureorum parenti, patrono &c. constituit, *l.* 4. cum *aliquot seqq. l. pen.* & *ult. d. tit. ll.* 1. 2. 3. *C. eod.* Edicti prætorii de parentibus, & patronis sine venia in jus non vocandis non alia fuisse videtur ratio, quam quod vocatio publice sub dio facta merito ignominiosa videretur: filiis autem, & libertis sanctæ & venerandæ esse debent personæ parentum, & patronorum, *l.* 9. *de obseq. parent. & patron. præst.* Aliam rationem assignant Duar. 1. *disp.* 1. Cujac. 10. *observ.* 10. Hotoman. & Donell. ad *hunc.* §. quos vide, si placet.

5 *Qui vi exemerit eum*) In eum qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium a Prætore constitutum est, *l.* 1. & *pass. ne quis eum &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13 *Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

COMMENTARIUS.

1 Præjudiciales actiones sunt: *Quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu*, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat; aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam *hic* proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l.* 18. *de prob.* cum *similib.* ex fine harum actionum

(1) *L.* 4. *tit.* 7. P. 3.

(2) *L.* 5. *d. tit.* 7. P. 3.

proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *l. antepen. de statu hom.* (1): quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l.* 12. *de except. l.* 14. *de probat.*

2 *In rem esse videntur*) Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ quæ proprie ita dicuntur: & ideo ait, *videntur*. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt; nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem proprie sic dictis, *l.* 9. *l.* 68. *de rei vindic.* Quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia Judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est.

3 *An aliquis liber*) Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & *causa liberalis*, & *liberale judicium* dicitur, *tit. D.* & *C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit (2). In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem, in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

4 *An libertus sit*) Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse; alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l.* 14. *l.* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* (3).

(1) *L.* 20. *tit.* 22. *P.* 3. *l.* 5. *tit.* 14. *P.* 3.

(2) *D. l.* 20. *tit.* 22. *P.* 3.

(3) *D. l.* 20

5 *De partu agnoscendo*) Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ *hic* proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo qui sit ex marito: quod cum quæritur, vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur inter patrem & filium; in qua & ipsa idem illud quæritur & aperte, an quis sit filius & in potestate, necne. Late tractantur huc pertinentia in *titt. D. de agn. & alen. lib. & seq.* Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus, aliisque cognatis datur, ut quis frater vel cognatus vel de nobili familia pronuncietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit.

TEXTUS.

An res sua condici possit.

14 *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere*: Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane, odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur*: Si appareat eos dare oportere; *quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

COMMENTARIUS.

1 Hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id quod intenditur utcumque experimentibus, concipere, *l.* 1. & 2. C. *de form. & imp. subl.* (1), maxime cum apud omnes auctores Latinos *dare* etiam pro restituere & tradere usurpetur. Bene igitur observavit D. Hotoman. id quod *hic* Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse: *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti.

2 *Plane odio furum*) Etiam olim cuando vigebant formulæ, potuit uno casu dominus rem suam condicere sub hac formula: *Si paret, eum dare oportere*;

(1) L. 2. *tit.* 16. *lib.* 11. *Nov. Recop.*

nempe in re furtiva adversus furem, *l.* 1. & passim *de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. usufruct. quem cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *Nemo rem suam, nisi furi condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet *hic* Justinianus nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Unde in condictione furtiva jam olim verbum *dare* latius acceptum, ut significaret idem ac *restituere*: quod & Gloss. *hic* innuit, & facit *l.* 29. §. 1. *de verb. sign.*

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones: condicere enim est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.*

COMMENTARIUS.

1 Hactenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significentur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones, vindicationes; in personam vero, condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l.* 25. *de oblig. & act. Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio; & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora persequimur, *l.* 1. & passim *si ususfr. pet. tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l.* 36. *de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege &c.

2 *Condicere est denunciare*) Quod Justinianus *hic* ait, condicere prisca lingua esse denunciare, id etiam Festus in ea voce notat: *Condicere*, inquit, *est dicendo denunciare: & condictio est, ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denunciaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset.

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est; quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.*

COMMENTARIUS.

1 Proponitur *hic* alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ, quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, *sequentibus aliquod* §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid *hic* vocetur rei persecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit. Sed quod *hic* omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum a Paulo tradita *l.* 35. *de oblig. & action.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere: *Quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest.*

2 Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio quæ fit ex jurejurando in litem, *l.* 1. *l.* 8. *de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus quod interest, §. *ult. de verb. obl. l. ult. de præt. stip.* Quare quæcumque sunt actiones quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habet, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine *hoc loco* continetur quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ.

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, pe-*

tit. actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane, si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem, Prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.

COMMENTARIUS.

1 *Omnes in rem*) Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia: quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus, ob contumaciam non restituentis, in litem jurari solet, *l.* 68. *de rei vind. l.* 5. *de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur, rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l.* 1. *l.* 8. *de tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est quam æstimatio ejus quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit; sed tamen quam actor dicit rei suæ, quæm æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l.* 8. *de in lit. jur.* ac proinde ex parte actoris nihil est aliud quam rei suæ persecutio.

2 *Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ.*) Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. 19. *infra eod.*

3 *Tumultus incendii &c.*) in eum qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve heredem fraudulentum, actio in duplum a Prætore redditur, *l.* 1. §. 1. *depos.* (1). Merito has causas deponendi á cæteris segregavit Prætor: primum, quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit; deinde, quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l.* 1. §. 2. & *seqq. depos. l.* 1. & passim *de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum qui inficiatus erit: quoniam hæc induplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in simplum actio est, *d. l.* 1. §. 4. *depos.* §. 26. *infra hoc tit.*

(1) *L.* 8. *tit.* 3. *P.* 5.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli; sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilivet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis veneralibus locis, legati vel fideicommisi nomine, dare distulerint, usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

COMMENTARIUS.

1 Ex maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei: quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionen continent, *l.* 7. §. 1. & 2. *de cond. furt. l.* 21. §. *pen. de act. rer. am.* Neque *hic. text.* ampliorem commentarium desiderat, cum & plana sit doctrina, & sæpe *alibi* attacta.

TEXTUS.

De mixtis, id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem aliqui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars præ-*

gravari videvitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

COMMENTARIUS.

1 Per occasionen ejus quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjici tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum: sed quæ longe diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideò has actiones mixtam causam habere dicitur, quod ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sint: sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu *hic* mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *l.* 37. §. 1. de *oblig. & act.* & alibi duplicia, *l.* 2. §. 1. *comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, *l.* 13. *de judic l.* 10. *fin. reg. l.* 44. §. 4. *fam. ercisc.*

2 *Mixtam causam obtinere videntur tam in rem*) In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum qui propter communionem aut terminorem confusionem nobis obligatus est. Notandum autem quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent, *l.* 1. *fin. reg. l.* 1. §. 1. C. *de ann. exc.* quod expositum *supra* §. 1. *hoc tit.*

3 *Quæ competit coheredibus de dividenda hereditate*) Judicium familiæ erciscundæ est: *Quod inter coheredes redditur de dividenda hereditate*, hoc est, quo heres agit adversus coheredes suos, ut res hereditariæ, prius indivisæ, dividantur, & a communione discedatur, *l.* 1. *fam. erciscund.* Estque hæc princeps hujus judcii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus heres heredi propter communionem rerum est obnoxius, *l.* 22. §. *pen. d. tit.* ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo *hujus* §. declaratur in §. 4. *infra de offic. judic.* Præstationes personales exposuimus in §. 3. *de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*

4 *Communi dividundo, quæ*) Communi dividundo judicium est:

Quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hereditatis communes sunt; neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l.* 1. & *l.* 2. *comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *l.* 3 *comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. 5. *infra de off. jud.* quippe semota hereditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l.* 6. §. 11. *comm. div.*

5 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*) Finium regundorum judicium est: *Quod inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur*, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l.* 4. *pr. l.* 8. *in pr.* & §. 1. *fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur Judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. & *l.* 4. *eod. tit.* §. *pen. infra. de off. jud.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nula actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 Tertia hæc actionum divisio est, sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul; hæc quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id quod nobis abest, petendo progredi liceat. Ait. Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. ¿Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l.* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum á navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est senatusconsulto, ut is

omnium rerum nomine teneatur, *l.* 3. §. *ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus heres institutus ante aditam hereditatem occisus sit, etiam hereditatis æstimationem fieri traditum est in *l.* 23. *in pr. ad leg. Aquil.* §. 10. *supr. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus: quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus quod culpa adversarii actori abest; id vero quod abest, & *tò* interesse actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris æstimetur quam quanti valevat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamem semper est respectu universi damni quod actor sensit: & ideo quantacunque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, nempe id solum quod actori per culpam rei abest. In pœna conventionali idem dicimus, quamtacunque sit, *sup.* §. 18. *de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22 *In simplum agitur veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose viveri cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod veneralibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

In triplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ nostro in Codice fulget, quam proculdubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

Nihil est in *his tribus* §§. quod interpretem desideret.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur, veluti furti manifesti: item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quicquam exegerint.*

COMMENTARIUS.

1 Recensentur *hic* quatuor actiones quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis est: reliquæ mixtæ, ut in quadruplum comprehendatur etiam ejus quod abest aut interest, persecutio.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at istæ (id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi), inficiatione duplicantur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequo jussu Magistratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu Magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.*

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur; quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

Hi *duo textus*, & quia plane, & quia eorum doctrina *alibi* tradita, nulla explicatione indigent.

TEXTUS.

Divisio quarta: de actionibus bonæ fidei.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tute-*

læ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, & ea, quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.

COMMENTARIUS.

1 Duæ præcedentes divisiones ostenderunt quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur *hic* alia quæ docet quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio Judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potissimum in fructibus, usuris & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

2 *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*) Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod *hic* aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam a duabus quæ *hic* proponuntur, speciem constituere videntur, §. 31. *infra eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *l.* 8. *C. de jud.* ubi Imper. ait placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur quod generaliter constitutum est in *l.* 4. *C. de oblig. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam si in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda.

3 Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum: quia in *d. l.* 8. verbum *juris* jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed equitatem, id est, mentem & sententiam Legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus, quasdam actiones esse stricti juris, verbo *juris* potestas significatur, uti & alibi sæpe; nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ, seu adstrictæ potestatis Judicis, sicut ex contrario, nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ potestatis Judicis, qui æstimare possit quicquid est ex bona fide, §. 30. *infra eod.*

4 Ad alterum quod ex *l.* 4. *C. de oblig. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem con-

tractibus spectari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quandam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l.* 36. *de verb. oblig.* *l.* 5. *C. de inut. stip.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quod in his non præstetur quod sit contra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur: sed quod in his summa desideratur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur postea.

5 Sed esto, inquis: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in doubus generibus quæ *hic* proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & a duabus quæ *hic* ponuntur, plane diversam, videbimus sub *d.* §. 31. *infra.*

6 Actiones bonæ fidei sunt: *In quibus libera potestas Judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat.* Descripto totidem pene verbis expressa *l.* 2. §. 3. *l.* 5. *pr. de oblig. & act.* §. 30. *infr. eod.* Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive Judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitria vocantur, & Judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum; quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio Judicis est ex bona fide, seu in id quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomanus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod Prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, *ex bona fide*, ut indicat Cic. in *Top.* & *lib.* 3. *de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l.* 11. §. *ult. de act. empt.* *l.* 32. §. 2. *de usur.* cum *simil.* oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam Prætor in quibusdam judiciis liberam Judici potestatem faceret, clausulam

que illam *ex bona fide* adjiceret; in aliis vero Judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam a natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum, quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, arg. *tit. de obl. ex cons. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrimque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, sed tantum nascitur obligatio quatenus verbis contrahentium expressum est ex definitione *l. 99. de verb. oblg. l. 3. de reb. cred.*

7 Ex hac, inquam, diversitate contractuum proculdubio est, quod Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula *ex bona fide*, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo angustius & stricte, ut in actionibus quæ proficiscuntur ex contractibus unilateralibus, veluti ex mutuo stipulatione.

8 Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ: *In quibus potestas Judicis formula adstringitur*, seu iis rebus in quas Prætor jubebat condemnationem fieri, Judicem certæ formulæ illigando.

9 Ex hoc autem fonte, quod Judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt & Juri consultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. Primum: quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque quæ sunt moris & consuetudinis, *l. 31. §. 20. de ædil. edict.* Item incommoda reticentiâ aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. de act. empt. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei tantum valet officium Judicis, quantum in sti-

pulatione nominatim ejus rei facta interrogatio, *l.* 7. *de negot. gest.*

10 Secundum: quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, *l.* 3. §. *ult. pro soc. l.* 5. *C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; utputa nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l.* 7. *de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l.* 3. §. *ult. pro soc.* Et hoc est quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur qui dolum passus est, *l.* 13. §. 4. & *seqq. de action. empt. d. l.* 7. §. 3. *de dol. mal.*

11 Tertium: quod in bonæ fidei judiciis, ex mora debeantur usuræ, *l.* 32. §. 2. *de usur.* Latius de iis disserere non est hujus loci.

12 In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l.* 99. *de verb. obl.* nisi sit quod natura negotii contineatur, *l.* 3. *de reb. cred. l.* 15. *de cond. ind.* Subsistit ipso jure stipulatio, & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l.* 36. *de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. stipul.* Deinde in judiciis stricti juris non debentur usuræ ex mora, cum id tantum tribuatur judiciis bonæ fidei, *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.*

13 *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito &c.*) Observandum est, quod non addit Justinianus verbum *veluti* post verbum *hæ*, ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed dicit definite: *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur; indicans, se eas omnes quæ sint hujus generis, ex professo recensere, & præter has, nullas alias esse; cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. 31. *inf.* esse stricti juris.

14 *Ex empto, vendito*) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *supra tit. de obl. ex cons.*

15 *Familiæ erciscundæ, communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. *Hic* autem finium regundorum consulto prætermissum; quia hoc judicium a cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio, solus sibi rem gerit qui conveni-

que illam *ex bona fide* adjiceret; in aliis vero Judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam a natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum, quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, arg. *tit. de obl. ex cons. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrimque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, sed tantum nascitur obligatio quatenus verbis contrahentium expressum est ex definitione *l. 99. de verb. oblg. l. 3. de reb. cred.*

7 Ex hac, inquam, diversitate contractuum proculdubio est, quod Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula *ex bona fide*, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo angustius & stricte, ut in actionibus quæ proficiscuntur ex contractibus unilateralibus, veluti ex mutuo stipulatione.

8 Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ: *In quibus potestas Judicis formulæ adstringitur*, seu iis rebus in quas Prætor jubebat condemnationem fieri, Judicem certæ formulæ illigando.

9 Ex hoc autem fonte, quod Judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt & Juriconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. Primum: quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque quæ sunt moris & consuetudinis, *l. 31. §. 20. de ædil. edict.* Item incommoda reticentiâ aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. de act. empt. l. 1. §. 1.* & *pass. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei tantum valet officium Judicis, quantum in sti-

pulatione nominatim ejus rei facta interrogatio, *l.* 7. *de negot. gest.*

10 Secundum: quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, *l.* 3. §. *ult. pro soc. l.* 5. *C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; utputa nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l.* 7. *de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l.* 3. §. *ult. pro soc.* Et hoc est quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur qui dolum passus est, *l.* 13. §. 4. & *seqq. de action. empt. d. l.* 7. §. 3. *de dol. mal.*

11 Tertium: quod in bonæ fidei judiciis, ex mora debeantur usuræ, *l.* 32. §. 2. *de usur.* Latius de iis disserere non est hujus loci.

12 In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l.* 99. *de verb. obl.* nisi sit quod natura negotii contineatur, *l.* 3. *de reb. cred. l.* 15. *de cond. ind.* Subsistit ipso jure stipulatio, & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l.* 36. *de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. stipul.* Deinde in judiciis stricti juris non debentur usuræ ex mora, cum id tantum tribuatur judiciis bonæ fidei, *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.*

13 *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito &c.*) Observandum est, quod non addit Justinianus verbum *veluti* post verbum *hæ*, ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed dicit definite: *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur; indicans, se eas omnes quæ sint hujus generis, ex professo recensere, & præter has, nullas alias esse; cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. 31. *inf.* esse stricti juris.

14 *Ex empto, vendito*) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *supra tit. de obl. ex cons.*

15 *Familiæ erciscundæ, communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. *Hic* autem finium regundorum consulto prætermissum; quia hoc judicium a cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio, solus sibi rem gerit qui conveni-

tur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de oblig. quæ quasi ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *dec.* 94. *err.* 1. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, *l.* 1. *fin. reg.* fac. *l.* 4. §. 3. *eod* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

16 *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*) Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum *hoc text.* proponuntur quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt.

17 *Hereditatis petitio*) Licet petitio hereditatis sit actio in rem, quia tamen præstationes habet personales, propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, probavit Justinianus in *l. ult. C. de pet. her.* sententiam eorum qui eam bonæ fidei esse putabant.

18 ,,In Hispania nullibi pro-,,batas invenimus differentias in-,,ter contractus seu actiones bo-,,næ fidei, & stricti juris. Nec ,,ullus earum usus, Maymò *hoc* ,,*tit. num.* 43. Plane, subtilitati-,,bus involvuntur, quas jus no-,,strum Hispanum respuit, D. Co-,,varr. in *regula Possessor part.* 2. ,,§. 6. *num.* 9. Omnes itaque con-,,tractus actionesque sunt bonæ ,,fidei apud nos: ex mora tamen ,,non debentur usuræ.

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29 *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu a-*

ctio, *quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.*

COMMENTARIUS.

1 Pro repetenda dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *l. unic. C. de rei uxor. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utque ex hac causa actio ex estipulatu quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid *hic* deesset mulieri ad omnem cautionem, in *pr.* §. 1. & 2. *de l. unica.*

2 *Tacitam ei dedimus hypothecam*) Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. unic.* §. 1. (1): & tandem, ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui post. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio evincit, perspicueque apparet ex *nov. 97. capp.* 3. & 4. ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo nonnulli constitutionem Justiniani interpretati sunt. Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis qui habent antiquiorem expressam, id est, eam de qua sibi aperta conventione prospexerunt (2). Ita comm. DD. in *d. l. ult. C. qui pot. in pign.* & ad *hunc* §. ut videre est apud Jas. Zas. Gomez in *l.* 50.

(1) *L.* 17. *tit.* 11. *P.* 4. *l.* 23. *tit.* 13. *P.* 5.

(2) *L.* 33. *d. tit.* 13. *P.* 5.

Taur. nn. 39. & 40. Covarr. 1. *resol.* 7. *n.* 1.

3 *Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia*) His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes, eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque heredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *de l. unic.* §. 6. *C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis*, *C. qui pot. in pign.* & *novella* 91. Ita recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez in *l.* 50. *Taur.* concludunt, liberos eosdemque heredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis heredibus non competat. Dissentit. Anton. Fab. 8. *conject.* 13.

TEXTUS.

De potestate judicis in judiciis bonæ fidei, & de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione; cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.*

COMMENTARIUS.

1 Cum jus compensandi ignotum esset in judiciis stricti juris, admissum postea ex rescripto D. Marci ope exceptionis. Justinianus vero voluit ut locum haberet ipso jure, ut jam olim obtinebat in bonæ fidei judiciis, modo causa ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem, quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, ut in fine *hujus* §. videbimus. Nulla itaque hodie est differentia in hac parte inter actiones bonæ fidei & stricti juris.

2 *Eo compensato in reliquum*) Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cum sit: *Debiti & crediti inter se contributio*, *l.* 1. *de compens.* si compensato eo quod invicem debetur, nihil supersit utrinque quod debeatur, absolvi reus debet, sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est, con-

demnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l.* 4 C. *eod.* (1).

3 *Quæ aperto jure nituntur*) Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur: *Cum apertum est jus debitoris qui sibi vicissim quid deberi intendit.* Id ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis ex causa de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *l. ult.* §. 1. C. *de compens.* ubi Judicibus præcipit, ne sint procliviores ad admittendas compensationes.

4 *Actiones ipso jure minuant*) Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cum Judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, a reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur; quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur: nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *l.* 2. C. *eod.* sed species defensionis quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis &c. Vide *infra tit. de excep.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l.* 4. C. *de compens.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l.* 4. *ff. d. l.* 4. *l.* 12. C. *eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l.* 11. *eod.*

5 *Sive in rem, sive in personam*) Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur, quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio; & aperte ostendit *d. l.* 4. C. *de compens.* (2): & alias invitus, quod iniquum est, & jus non patitur, ut rem alienam emere, aut

(1) *L.* 20. *tit.* 14. *P.* 5.

(2) *L.* 21. *tit.* 14. *P.* 5.

meam vendere, aut cum aliena permutare cogat, contra *l.* 16 C. *de jur. delib. l.* 5. C. *de oblig. & action.*

6 Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & Respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus: quæ comprehensa sunt *l.* 3. C. *de compens. l.* 46. §. 5. *de jur. fisc. l.* 20. *ff. de compensa.* (1).

7 *Excepta sola depositi actione*) (2). Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere, *l. pen.* C. *depos. l. ult.* §. 1. C. *de compens.* In *hac l. ult.* §. 2. excipit etiam actionem qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sane species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet (3).

8 „In Hispania debitor, qui „compensationem allegat, justam „ejus causam probare adstringi„tur intra decem dies, *l.* 20. „*tit.* 14. P. 5. qui terminus con„stitutus quoque est probandis „omnibus legitimis exceptionibus „quæ executioni a creditore obten„tæ objiciuntur, *l.* 1. *tit.* 28. *lib.* 11. „*Nov. Rec.*

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio Judicis pendentes, appellamus: in quibus nisi arbitrio Judicis, is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi, aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio Judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus permittitur Judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

COMMENTARIUS.

1 Arbitrariæ actiones, de quibus in *hoc textu*, tertium genus constituunt plane sejunctum a superioribus; ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte *hic* statuit Justinianus, cum ait: *Præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet, quam præter superiores; ut intelliga-

(1) *L.* 26. *eod.*
(2) *L.* 27. *eod.*
(3) *D. l.* 27.

mus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum quæ dicuntur arbitrariæ.

2 *Ex arbitrio Judicis pendentes*) Actiones arbitrariæ sunt: *Quæ ex Judicis arbitrio pendent*; unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio Judicis, sed non omnes eodem modo; longeque alia ratione actio de eo, quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex Judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio Judicis pendet: quo in genere sunt actiones quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sit data, ut certo loco redderetur, *l.* 1. *l.* 5. & *l.* 6. *de eo quod cert. loco.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio Judicis æstimandum, quanti litigatorum intersit, constituto potius loco solvi, quam eo in quo agitur: ut si rei intersit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *l.* 2. *pr.* & §. *ult. d. tit. l. unic.* C. *ubi conv. qui cert. loco* (1). Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentatur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit.

3 Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, Judex tanquam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur: & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione *quod metus causa*; probato metu, jubetur reus rem quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussui Judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l.* 14. §. 1. *quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l.* 46. cum *l. seq. de rei vindic. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jurando.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *l.* 3. §. 2. *ad exhib.*

(1) *L.* 13. *tit.* 11. *P.* 5.

4 *Vel ex noxali causa*) Inter actiones arbitrarias numeratur *hic* & actio noxalis, id est, ea quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *infr. de noxal act.* Quæ nonnunquam arbitraria est, eis nempe casibus, quibus si dominus servi ex suo maleficio conveniretur, actio directa arbitraria foret. Talis itaque erit actio noxalis *quod metus causa.*

5 *Veluti Publiciana, Serviana*) Tres profert species actionum in rem, Publicianam, Servianam, & quasi Servianam seu hypothecariam, quas arbitrarias esse declarat: de hypothecaria etiam est textus in *l.* 16. §. 3. *de pignorib.* ¿An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maximæ arbitraria censenda est actio in rem civilis sive rei vindicatio: quippe in qua præcipue arbitrium Judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio, *l.* 46. cum *l. seq. de rei vindic. d. l.* 5. & *l.* 8. *de in lit. jur.* nisi quod interdum & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *l.* 68. *de rei vindic.* Idemque dicendum de actionibus confessoria & negatoria, atque de omnibus actionibus in rem prætoriis: quoniam omnes eundem modum & exitum condemnationis habent, ut ostendit regula generalis tradita in extremo *d. l.* 68. In summa, omnes actiones in rem arbitrariæ sunt, excepta petitione hereditatis, quam bonæ fidei esse, vidimus nuper in §. 28. *hoc tit.* Licet autem etiam actiones bonæ fidei quæ ad restituendum sunt, ut actiones commodati, depositi &c. eundem modum condemnationis recipiant, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 1. §. 26. *depos.* non proinde dicendæ arbitrariæ: quia id non habent sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur; sed potestate bonæ fidei, quæ omnem æquitatis speciem complectitur.

6 „In Hispania omnes Ju„dicum sententiæ a quibus ap„pellatum non est, executioni „mandantur: unde incognitæ apud „nos sunt illæ actiones arbitrariæ „de quibus *sup. num.* 3. Vide „quæ dicimus *infr. de offi. Jud.* „§. 2.

TEXTUS.

Quinta divisio: de incertæ quantitatis petitione.

32 *Curare autem debet Judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est* (1).

COMMENTARIUS.

1 Præceptum generale pertinens ad omnes actiones & ju-

(1) *L.* 16. *tit.* 22. *P.* 3.

dicia, sive bonæ fidei, aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita Judex pronunciare debet, ut sententia sua finem liti imponat, & controversiam dirimat, *l.* 1. *de re jud.* Etsi autem hoc semper fit, cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet; quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *l. pen.* & *ult. C. de sentent. quæ sin cert. quant.* (1). Donell. *lib.* 27. *commen. ad l.* 5. §. *ult. de re jud.*

2 *Quantum possibile ei sit*) Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu proculdubio incerta valere debet, veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. vers. huic autem* & *seq.* non potest Judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando (2).

3 *Etiamsi de incerta cuantitate*) Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l.* 13. §. 1. *de re jud.* §. *ult. sup. de verb. oblig.* Hoc igitur vult. Justinianus, etsi id quod interest petatur, cuyus quantitas incerta est, *l.* 68. *de verb. oblig. l.* 24. *de div. reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam, ut Judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, et quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int.*

TEXTUS.

De pluris petitione.

33 *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur á Prætore, nisi minor erat* 25. *annis. Huic enim, sicut in aliis causis, causa cognita sucurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita* & *in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori* 25. *annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibus-*

(1) D. *l.* 16.

(2) D. *l.* 16.

dam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa (1). *Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit:* ¿Ephesi dari spondes? *Romæ pure intendat, sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habere promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam Prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur:* ¿Hominem Stichum; aut decem aureos dare spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat; aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyrium petat; plus petere intelligitur: quia electionem adversario tollit,*

(1) *L.* 42 *tit.* 2. *P.* 3.

cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus puniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Superius* admonuit Judicem officii sui in ferenda sententia. *Hic* actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor id quod sibi debetur; ut petat quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa ex qua debetur. *Textus* longus est & ita clarus, ut vix explanatione indigeat.

2 *Causa cadebat*) Ut discerem omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum qui plus quam sibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex *oratione pro Q. Roscio Comædo*, fac. *l.* 1. *de int. in jur. fac. l.* 36 *de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria, actu* III. *scena* I. *vers.* 123.

Velim quidem hercle, ut uno nummo plus petas.

Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone 1. *de Orat. cap.* 36. Sueton. in *Claud. cap.* 14. Senec. *epist.* 48. Quintil. *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 6. discimus.

3 *Plus autem quatuor modis*) (1). Pœnæ plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco, aut causa qualitate seu modo. Paulus 1. *sentent.* 10. *Causa cadimus*, inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi: summa, si plus, quam damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius *hoc loco* explicantur á Justiniano, ut novam lucem non desiderent; exempla etenim quæ proponuntur omnino clara sunt, uti & singulorum rationes.

4 *Sed hæc quidem antea*) Quibuscumque modis ex quator quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis; ut actor cau-

(1) *D. l.* 42. *tit.* 2. *P.* 3.

sa caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos qui tempore plus peterent, alia pœna constituta a Zenone; in eos qui alio modo, a Justiniano. Quid a Zenone cautum fuerit, exponitur *infr. de except.* §. 10. nimirum, ut adversus eum qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib.* 12 *observ.* 21. Adversus cœteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait; ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa *hic* nobis incerta relinquuntur.

5 „In Hispania *l.* 45. *tit.* 2. „*P.* 3. statuit, damnandos in „triplum eos qui plus loco vel „causa petunt, quam quod ipsis „debetur: de illis vero qui plus „re, aut tempore petunt, statutum est, ut in damna reo „hac occasione illata condemnentur, & insuper, ut adversus petentem plus tempore, hoc duplicetur, *d. l.* 45. „*l.* 43. *eod.*

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam, suam esse petierit, sine periculo agit, in reliquum enim nihilominus Judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

Hic textus planus est.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur, veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.*

COMMENTARIUS.

1 *Si quis aliud pro alio petat*) Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet, nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu. Illud

semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere, *l.* 79. *de jud.*

2 *Errorem suum corrigere*) Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit, *l.* 3. C. *de eden.* Quod autem in *text.* dicitur, id fieri posse *in eodem judicio*, ita exaudiendum, ut significet non unitatem judicii, sed negotii apud eunden Judicem continuationem sive nova in jus vocatione, quæ olim necessaria erat. ¿Quomodo enim idem judicium dici potest in propio sensu ubi nova requiritur litis contestatio, & novæ induciæ reo ad deliberandum concedendæ?

TEXTUS.

Divisio sexta: de peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat Judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

COMMENTARIUS.

1 Redit *hic* Imperator ad institutum quod interrumpit §. 32. *supr.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet; & declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum, quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. *Textus* autem planus est: & de actione de peculio satis locutum *supr.* §. 10. & amplius loquendum in §. 4. *seq. tit.*

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. *Item, si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest* (1). *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

(1) *L. fin. tit.* 11. *P.* 4.

COMMENTARIUS.

1 Sunt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant *privilegium* & *exceptionem competentiæ*. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam ex qua agitur, partim ob personam rei cum quo agitur. Ob causam, soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fine*. Ob personam rei, varie; ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis &c. ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono; ob meritum in Remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l.* 6. *l.* 18. *de re jud.* Denique ob solam commiserationem, unde ei qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. infr. eod.* & interdum filio emancipato, exheredato, et ei qui se abstinuit a patris hereditate, *l.* 2. *quod cum eo qui in al. pot.*

2 *Si de dote mulier agat*) Non marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur et patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l.* 15. *in fin.* & *l. seq. solut. matr.* Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis a genero conveniatur, *l.* 17. *eod.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l.* 21. *l. seq. de re judic.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, *l.* 20. *de re judic.*

3 *Propter retentionem*) Diximus, mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur; de quo §. *penult. infr.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, et vicissim actor ei pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas, propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas; non modo necessarias: sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus *hic* fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. unic.* §. 5. *C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l.* 5. *de imp. in rem. dot. l.* 56. §. *ult. de jur. dot.*

4 „In Hispania quamvis *l.* „*fid. tit.* 11. *P.* 4. probans Ro„manorum jura, marito conce„dat deductionem impensarum u„tilium, quas in rem dotalem fe„cerit: fatendum tamen est cum

„ Greg. Lop. in *gloss.* 2. *d. l. fin.* „ huic doctrinæ locum non facere societatem legalem inter conjuges, de qua in propria *Appendice* copiose egimus: solumque eam praxi recipiendam, ubi „ hujusmodi societas non vigeat, „ ut accidit Cordubæ; ubi autem „ viget, major æstimatio seu augmentum rerum dotalium inter „ conjuges communicatur, uti cætera lucra constante matrimonio quæsita.

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat: item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Cum parente suo, patronove*) *l.* 16. & *l. seq. de re jud.* Parenti hoc privilegium seu beneficium competentiæ tribuitur, cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam quam parenti liberi debent, ac proinde & matri itidem concedendum, Gutierr. 2. *pract. quæst.* 28. *num.* 2. patrono datur ob solam reverentiam quam ei debet libertus *l.* 9. *de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius et libertus parentem et patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos a parente, ultra quam facere queunt, conveniri posse (2). Sed et liberis et parentibus patroni idem beneficium datum est, *l.* 17. *de re jud.*

2 *Item si socius cum socio judicio societatis*) (3). Igitur socio omnium bonorum semper et omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l.* 16. Non omnium bonoram socio, cum convenitur judicio societatis, *l.* 63. *in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum: cum etiam frater fratri inopi alimenta debeat, Thes. *decis.* 119. Tuld. *comm. hoc tit. cap.* 19. Plane, non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si confiteatur, se socium esse. Negantem se socium, placet, in solidum condemnari, *l.* 67. *in fine pro soc. l.* 21. §. 1. *de re jud.*

3 *Ex donatione*) Is quoque qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum quod facere potest, condemnatur, *l.* 28. *de div. reg. jur.* (4): & quidem is solus deducto ære alieno, *l.* 19. §. 1.

(1) *L.* 1. *tit.* 15. *P.* 5.
(2) *D. l.* 1.
(3) *D. l.* 1. *l.* 15. *tit.* 10. *P.* 5.
(4) *L.* 1. *tit.* 15. *l.* 4. *tit.* 4. *P.* 5.

de re jud. Pinguius enim donatori succurrere debemus, quam ei qui verum debitum solvere compellitur; nec liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l.* 49. cum *l. seq. eod.*

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit Judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

1 Etiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est: *Cum res, quæ numero, pondere, mensura constat, utrinque debentur*, ut ostendimus ad §. 30. *sup. eod.*

2 *Plerumque*) Hæc particula forte adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, ut ostendimus *supr.* §. 30.

3 *Ex eadem causa*) Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat, passim *tit. ff.* & *C. de compens.* Paul. 2. *sent.* 5.

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40 *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores experiuntur* (1). *Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic* iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur, ut nihil ei ne ad victum relinquatur: si nequit, in carcerem ire, volente creditore, cogitur, nisi bonis cedere malit, *l.* 1. *C. qui bon ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest: utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, l. 51 *de re jud. l.* 63. §. 7. *pro soc.* (2). Add. Gomez 2. *resol.* 11. *num.* 52. & ad *l. Taur.* 79. *n.* 2. Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur; ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicuyus momenti sint; iterum acquisierit, de-

(1) *L.* 3. *tit.* 15. *P.* 5.

(2) *L.* 4 *eod.*

nuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum quod debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, *l.* 4. *ll.* 6. & 7. *de cess. bon.* (1). Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo *hujus* §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est *hujus loci.* Videndi DD. ad *tit. ff.* & C. eo pertinentes, D. Covarr. 2. *var. cap.* 1. Azev. & Matienz. in *l.* 4. cum *seqq. tit.* 16. *lib* 5. *Recop.* Salgad. in *Labyr. credit. part.* 1. *capp.* 1. & 4.

2 Cæterum, antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sic hoc beneficium, quod *competentiæ* vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione *hic* dicitur: *Qui de suo præstare potest honeste*, deducto videlicet prius eo quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l.* 6. *de cess. bon. l.* 173. *de div. reg. jur.* (2): & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l.* 15. *solut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi ut bonis cedant, sed ne totum quidem quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, et alius illi, quam huic cultus corporis conveniat: de quo Tiraq. *de nobilitate cap.* 20. *n.* 143. & *seq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, ut modo diximus *n.* 1. Inter eos quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *l.* 19. *de re judic.* ubi vide Don. Denique si actor eadem paupertate qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis, præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem egere convenit, Zas. ad *l.* 12. & *seqq. solut. matrim. num.* 20. Tuld. *comm. in hunc tit. cap.* 19.

3 Beneficium hoc personale est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in heredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri heredes extiterunt, *l.* 12. & *seq. l.* 18. *solut. matrim. l.* 24. & *seq. de re jud.* (3) Gomez in *leg. Taur.* 50. & tres *seqq. n.* 49. Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat (4), ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe eum fidejussor totum quod præstitit, a reo principali repetere possit, *l.* 24. *de re jud.* Neque

(1) *D. l.* 3.

(2) *L. fin. tit.* 11. *P.* 4. *l.* 3. *tit.* 15. *P.* 5. & *l.* 1. *eod.*

(3) *D. l. fin.*

(4) *D. l.* 3.

hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio quæ est inter creditorem et debitorem principalem, et propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Præterea qui alios seu fidejussores pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi, ut optime dixit Justinianus in §. *ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur: tamen quod creditor a reo consequi non potuit, recte exiget a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contentione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ult.* C. *de fidejuss.* Don. ad *d. l.* 24. *de re jud.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret si cum ipso ageretur, *l.* 14. *solut. matrim. l.* 63. §. 1. *pro soc. l.* 51. §. 1. *de proc.*

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. *Tit.* 5. *C. Lib.* 4. *Tit.* 16.

1 Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, §. 10. *tit. præc.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant, non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligenter, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus. Prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur: *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso.* Sub finem adjicitur casus pecuniæ mutuæ, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentio-

nem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumque agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur; ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi, dominique idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

1 *Superius mentionem habuimus*) §. 10. *præced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, *hoc tit.* explicat.

2 *Fere eadem jura servantur*) Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, *l.* 14. *de oblig. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi, tanquam cum patribusfam. potest, *l.* 39. *d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. infr. hoc tit.* Aliæ differentiæ minus notæ, quia rarior earum usus, leguntur in *l.* 3. §. 5. & *seqq.* &. *l.* 5. §. 2. *de pecul.*

TEXTUS.

De actione quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

COMMENTARIUS.

1 Si jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio *quod jussu* datur, atque adeo in solidum: nam quodammodum cum eo ipso qui jubet contrahitur, Ulpian. *l.* 1. *in princ. quod jussu.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*: vère enim non cum domino qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio *quod jussu*: ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit: veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu, *quod jussu* non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. ult. quod jussu.* Sic, ubi pater in contrahendo, filii nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *d. l. ult.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater *quod jussu*, filius directo, *l. pen. eod. l.* 3. §. 4. *de minorib.* Jussum autem domini hic accipere de

bemus: sive jussĕrit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit *l.* 1. §§. 1. 3. 4. & 6. *quod jussu. Jussum* autem proprie de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum consistit, pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed jubet: quemadmodum tutor *auctoritatem*, curator *consensum* interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant veteres. Quomodo *jussum* & *auctoritas* differant, docet *l.* 25. §. 4. *ff. de adq. vel omit. hered.*

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2 *Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur.* Exercitoria *tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit* (1). *Ideo autem, institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, etsi liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat* (2).

COMMENTARIUS.

1 Si quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto Prætoris constituta est, quæ *exercitoria* appellatur, *tit. ff.* & C. *de exerc. act.* Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem Prætor pollicetur, quæ dicitur *institoria*, *tit. ff.* & C. *de instit. act.* Illa a præponente, qui exercitor dicitur, nominata est, hæc a præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa *quod jussu*, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. infr. l.* 29. *de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

(1) L. 7. *tit.* 21. P. 4.

(2) L. 7. *tit.* 1. P. 5.

2 *Ad quem quotidianus navis quæstus*) Exercitor dicitur: *Is ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent*, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxerit, *l.* 1. §. 15. *de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus: *Cui totius navis cura mandata est* (1).

3 *Institores vocantur*) Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, *l.* 3. *de inst. act.* puta, rebus emendis, locandis, permutandis, ut declarant exempla *l.* 5. *eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institor non sit, placet tamen, adversus eum qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l.* 5. *C. eod.*

4 *Etsi liberum quis hominem*) *l.* 1. §. 4. *de exerc. act. l.* 7. §. 1. *de inst.* act. quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit qui navi aut tabernæ præponitur, masculus, an femina; paterfam. an filiusfam. pupillus, an adultus, aut ætate major; homo liber, an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l.* 1. §. 16. *d. l.* 7. §. 1. Quare hæ duæ actiones non semper nascuntur ex negotio sive contractu gesto cum eo qui in aliena potestate est.

5 Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de exercit. act. l.* 13. §. *ult.* & *l. seq. de instit. act.* Nisi omnes per se exerceant: quo casu, cum non videantur invicem sui magistri, pro portionibus exercitionis convenientur singuli, ut eleganter ait Ulp. in *l.* 4. *de exerc. act.*

6 ¿ An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversus eos qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent; cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l.* 1. §. 18. *de exerc. act. l.* 1. *de instit. act.* Plane, si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis sucurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt *d.* §. 18. *l.* 1. *de exerc. act. l.* 2. *de instit. act.*

7 Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed ex eo duntaxat negotio quod gestum est ejus rei gratia ad quam præpositi sunt, ut in *hoc text.* dicitur & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l.* 1. §. 7. & *seq. de exerc. act. l.* §. 11. & *seqq. de instit act.* ¿ Quid dicemus, si præpositi mu-

(1) *L.* 77. *tit.* 18. *P.* 3.

tuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habent, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde, si, vervi gratia, navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l.* 1. §. 8. *l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia quæ exigit Africanus in *d. l. ult.* & Gloss. & DD. *ibidem.* Summa est: si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciberit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum; si non majorem summam crediderit, quam ad eam rem esset necessaria: postremo, si in eo loco crediderit, ubi id propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult.* §. *ult.*

8 , In Hispania nedum in-, stitor qui pecunian mutuam ex, mandato præponentis accepit, hunc obligat mutuanti; sed et-, iam ille qui sine mandato, si, modo eam in domini præpo-, nentis utilitatem converterit:, quibus duobus casibus institor, ipse non tenetur. E contrario ins-, titor, & non præponens obli-, gatur, quando ille nec mandato, præponentis pecuniam accepit, nec acceptam impendit in hu-, jus commodum, *l.* 7. *tit.* 1. P. 5., unde generaliter infert Gregor., Lop. in *glos.* 4. *d. l.* 7. institores non teneri pro eo quod, tanquam institores gesserunt. I-, dem placuisse Curiæ Parisien-, si refert Costal. in *l. ult. de*, *inst. act.* & in *l.* 1. §. 17. *de*, *exerc. act.* & de jure Roma-, no tenent nonnulli, argum. *l.*, *ult. de inst. act.* aitque An-, gelus in *l.* 9. *de duobus reis*, quod factores, licet mille lit-, teris se scribant debitores, non, propterea possunt conveniri, quia videntur scribere factorio, nomine.

TEXTUS.

De tributoria.

3 *Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit; ita Prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex credito-*

ribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

COMMENTARIUS.

1 Proponitur *hic* & clare exponitur quarta actio ex contractu servi in dominum a Prætore comparata, quæ *tributoria* vocatur, id est, *distributoria* sive *contributoria*, *id est: Actio competens creditoribus qui contraxerunt cum servo, sciente domino negotiante in merce peculiari, adversus dominum qui eam mercem, & quod ejus nomine receptum est, non æquabiliter inter se, si quid ei debetur, & cæteros creditores distribuit*, *l.* 1. *l.* 5. §. 5. & *seqq. de tribut. action.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4 *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem puta aureis, quos servus tuus á Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro ceteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque Judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quicquid servus domino, sive, qui in potestate ejus sit, debet; & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.*

COMMENTARIUS.

1 Præter superiores quatuor,

sunt adhuc actiones duæ, edicto item Prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur *hoc loco*, actio *de in rem verso*, & actio *de peculio*: quarum illa ob commodum quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, ut mox videbimus.

2 *Et quamvis sine voluntate domini*) Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per *l.* 1. §. 5. *de adq. v. ann. poss.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione *quod jussu*, exercitoria, & institoria, vel præter generalem concessionem peculii, saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria; cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illâ *quod jussu*, item exercitoria & institoria, & solidum dominus teneatur, & in tributoria quod sibi debetur non deducat, *l.* 1. *l.* 5. §. 5. cum *seqq. de tribut. act.* de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi quod ipsi servus debet, *hoc text. in fine*, quasi dominus prævenisse, & cum servo egisse videatur, *l.* 9. §§. 2. & 3. *de pecul.*

3 *Sive quid in rem ejus versum*) Dominus de eo quod servus sine voluntate ejus contraxit quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione *de in rem verso*; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, *de in rem verso* locum habet, *l.* 1. *in pr.* &. §. 1. *de in rem verso.*

4 *Quidquid necessario in rem ejus &c.*) Ostendit exemplis quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citrra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l.* 5. §. 2. & passim *tot. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium; cum in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l.* 5. *in pr. eod.* Præterea impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l.* 7. §. 3. *eod.*

5 *Licet enim una sit actio*) His verbis Justinianus ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse; sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita ut proponit, in ju-

dicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit; de quo non deducit quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata, ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per *l. 9. §. 1. de trib.* & *§. seq. hoc tit.*

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum

5 *Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

COMMENTARIUS.

1 *Sed erit stultissimus*) Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atqui inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod electione, non interpretatione indiget. Planus igitur est *textus iste.*

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote &*

nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.

COMMENTARIUS.

1 Hoc idem in *princ. hujus tit.* monuit, promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit.

TEXTUS.

De senatusc. Macedoniano.

7. *Illud proprie servatur in eorum persona, quod senastusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve (sive adhuc in postestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione, suæ potestatis esse cæperint), quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerari ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Filius famil. ex contractu suo & ipse obligatur, *l.* 39. *de obligat. & act.* & patrem obligat de peculio, §. 10. *supra de act. l.* 3. §. 5. & *deinceps. de pecul.* Una tantum causa excipitur, ex qua placet, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter *hoc* complectitur Justinianus.

2 *Senatusconsulto Macedonianum prohibuit*) Hoc senatusconsultum auctorirate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap.* 11. *Auctor*, inquit, *senatui fuit* (Vespasianus) *decernendi...... Neve filiorum famil. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.* Tacitus autem *lib.* 11. *annal. cap.* 13. *id.* Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfamil. fœnori darent. Eleganter hos Auctores in concordiam reducit Petr. Fab. *Semestr. lib.* 25. *pag.* 142. ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cos. fuisse duobus novissimis anni mensibus, Sueton. *Vesp. cap.* 4. Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tanquam Principi; huic tanquam Consuli referendi ad Senatum. Jus enim referendi tunc adhuc Coss. fuisse, patet ex Gell. *Noct. Attic.* IV. *cap.* 10. Aut Vespasianum de SCto. sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse.

(1) *D.* 4. *tit.* 1. *P.* 5.

3 *Mutuas pecunias dari*) Duo *hic* notanda. Primum, eum solum contra senatusconsultum facere qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit: puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem senatusconsulti, *l.* 5. §. 3. *de senatusc. Maced.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus senatusconsulto quæratur, *l.* 7. § 3. *d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l.* 7. §. 9. quanvis Senatus præcipue prohibuit filiisfamil. fœnerari, *l.* 1. *d. tit. l.* 3. C. *eod.* Plane, ejus pecuniæ repetitionem non impedit senatusconsulti auctoritas, quæ filiofam. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem quam pietas paterna non denegaret, *d. l.* 7. §. 13. *l.* 5. *C. eod.* (1). Et in universum cessat senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d. l.* 7. §. 12. (2), aut voluntate patris credita sit, *d. l.* 7. §. 11. *l.* 12. *eod.* (3).

4 *Qui in potestati parentis*) Sine discrimine sexus aut gradus, *l.* 9. §. 2. *l.* 14. *eod.* Ne refert, frugi sit filiusfamil. an non; Magistratus, an privatus; nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat; ad cujus quantitatem placet cessare senatusconsultum, quia in eo vice patrisfamil. fungitur, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *eod.* In filiofam. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult.* §. *ult. C. ad senat. Maced.* (4).

5 *Denegatur actio*) Nempe si contra senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l.* 1. *de senatusc. Maced.* junct. *l.* 9. *de jurejur.* quæ est illa a Jurisconsultus toties usurpata exceptio senatusconsulti Macedoniani.

6 *Quæ ideo Senatus prospexit*) Non sine gravi causa Senatus cavit, ne ei, que filiofamil. mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores a datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum amplissssimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur *d. l.* 1. & *hoc text.* Simili est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscii.

7 „ In hispania sententia se„ natusconsulti Macedoniani pro„ bata fuit *ll.* 4. 5. & *6. tit.* P. „ *P.* 5. quas modo in *margine* „ adduximus: & jure recentiori „ extensa fuit ad cæteros contra„ ctus, ex quibus filiisfamilias sine „ consensu patris aliquid acci„ piunt sub fide, *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 10. „ *Nov. Recop.* Quæ lex omnes hosce

(1) *L. 6. eod.*
(2) *L.* 5. *tit.* 1. *P.* 5.

(3) *D. l. 6. eod.*
(4) *D. l.* 4. *eod. in fine.*

„ contractus nullos pronunciat, „ etiamsi cum juramento celebrati appareant: & insuper eos qui „ ita cum filiisfamilias contraxerint, pœna centum marabotinorum multa; & Tabelionem, qui „ de illis instrumentum confecerit, „ officio suo privat. Idemque statuit de contractibus quos minores curatorem habentes sine ejus „ consensu ita celebraverint.

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel in dominum.

8 *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

1 Cui quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. 29. de reb. cred. l. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego Prudentium auctoritate introductum arbitror, qui postquam a Prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc textu & dd. ll.*

TITULUS OCTAVUS.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. *C. Lib.* 3. *Tit.* 41. (1).

1 Superiore *titulo* actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Et delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est: nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ultim. de delict. priv. l. ultim. de furt.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum, eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi

(1) *L. 4. tit. 13. P. 7. l. 5. tit. 15. P. 7.*

forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est (1). Civiliter vero, seu pecuniarie, cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquid, evitare litis æstimationem, *l.* 1. cum 3. *seqq. hoc tit.* (2).

TEXTUS.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur; aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominen noxæ dedere (3).

COMMENTARIUS.

1 *Ex maleficiis*) Nomine *maleficii* & quasi maleficium *hic* accipiemus, quemadmodum supra *contractus* appellatione & quasi contractus continetur.

2 *Veluti si furtum fecerint*) Noxales actiones de quibus *hic* agitur, appellantur: *Quæ ex noxa utque maleficio, servorum adversus dominos suos instituuntur, l.* 1. *hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint; nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane, delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam adeas noxas quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l.* 17. §. 18. *de ædil. edict. l.* 200. *de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non ese proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones; sicut actio de peculio, adjectio est actionis ex contractu.

3 *Aut litis æstimationem*) Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus a lege accipit, *l.* 6. §. 1. *de re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium, ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat, aut Judex disjunctive sententiam pronunciet; quamvis ita & pronunciare usitatum, §. 1. *infr. de off. jud.* & peti consultum.

(1) *D. ll.* 4. & 5.
(2) *D. ll.* 4. & 5.
(3) *D. ll.* 4. & 5.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia.

1 *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

1 Non omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod *hic* tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 14. *de nox. act.* cum *simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres *noxæ* appellatione etiam ipsum servum qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l.* 20. §. 5. *de her. pet.* item *noxam dedere*, *l.* 1. *in fine pr. de his qui dejec.* §. 1. *infr. de offic. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2 *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosum esse.*

COMMENTARIUS.

1 Sicut durum atque acerbum videtur, ei qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri; ita et iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l.* 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxa dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominum a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus resarcierit quæsita pecunia; auxilio Prætoris invito domino manumittetur.*

COMMENTARIUS.

1 Dominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit.

2 *Sin autem damnum*) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest quantacumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc ca-

se rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4 *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege XII. Tab. damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

Planus est *hic textus.*

TEXTUS.

Qui conveniuntur hac actione.

5 *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quandiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.*

COMMENTARIUS.

1 *Noxalis actio caput sequitur*) Iisdem verbis hæc regula affertur in *l.* 20. *hoc. tit.* Plerumque autem dicitur: *Noxa caput sequitur*, *l. ultim. eod. l.* 1. *C. eod. l.* 1. *in fin. de priv. del.* cum *simil.* Id est, noxa, aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat, & ad quemcunque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat: *Eos noxis solutos esse*, *l.* 1. §. 1. & pass. *de ædil. edict.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit. Cætera quæ in *text.* traduntur consequentia sunt huic regulæ, & clara.

TEXTUS.

Si servus domino noxiam commiserit, vel contra.

6 *Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in*

quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potest: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commisserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

1 Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones prodidas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiterit, secus autem si domino: nam *hic* jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l.* 1. C. *hoc tit. l. ult.* C. *an serv. pro suo fact.* ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domini convenire, id est, verberibus castigare: ex qua regula deducuntur plura in *text.* quæ clara sunt.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. ¿Quis enim patiatur, filium suum, & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filiis corpus pater magis quam filius periclitetur? Cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamiliarium pro suis delictis posse conveniri* (1).

Textus iste clarus est.

TITULUS NONUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Dig. Lib. 9 *Tit.* 1. (2).

In numero actionum noxalium est & actio *de pauperie*: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum sarciat,

(1) *D. l.* 5. *tit.* 15. *P.* 7.

(2) *L.* 22. *tit.* 15. *P.* 7.

aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione si quadrupes ex lege XII. Tab.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII. Tab. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex XII. Tab. scripta est, utputa, si equus calcitrosus calce percusserit, aut hos cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet (1). *Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia dessiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Animalium nomine*) In *rubr. hic* & in D. quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex XII. Tab. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, *l.* 4. *hoc tit.* Solæ autem quadrupedes mansuetæ actioni directe locum faciunt, quando motæ feritate non genitali seu nativa, sed contra naturam sui generis damnum dederunt. Si ergo genitalis sit feritas, cessat hæc actio, *hoc text.* utilis tamen competet, *infra* §. 1.

2 *Noxalis actio*) Id est, ita de pauperie, ut siquidem is cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit: si vero noxæ dedere malit, liberetur, *l.* 1. *eod.*

(3) *Quia ita lex XII. Tab. scripta*) Et ideo ita scripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg.* §. 2. *tit. præc.* Sane ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode, aut illud instigaverit, *l.* 1. §. 4. cum 3 *seqq. hoc tit.*

4 *Quod sensu caret*) Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu quo & jure uti dicuntur, *supra de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Vide Grot. 1. *de jur. bell. cap.* 2. *num.* 3.

(1) *D. l.* 22. *tit.* 15. *P.* 7.

TEXTUS.

De actione ædilitia concurrente cum actione de pauperie.

1 *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judicii videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum vero rerum quanti damnum datum sit, dupli* (1). *Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.*

COMMENTARIUS.

1 Edicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum aliudve id genus animal quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l.* 40. §. 1. cum 2. *ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

2 *Et de pauperie competit*) Utilis scilicet. Nam, ut ante dictum est, directa non competit de damno dato a fera bestia: sed nec utilis tunc alter locum habet: quam si fera quæ nocuit, adhuc in potestate sit.

3 Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est (2) & prodita lege XII. Tab. Paul. 1. *sent.* 15. *l.* 14. §. *ult. de præscript. verb.* Non vero licebit domino fundi pecus alienum occidere, vulnerare, seu includere, *l.* 39. §. 1. *ad leg. Aquil. l. pen.* C. *eod.* (3). Vide tamen Gothofr. in *d. l.* 39. §. 1.

4 *Nunquam actiones, præsertim pœnales*) Hoc idem traditur in *l. nunquam* 130. *de div. reg. jur. & alibi.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque *hujus loci* disputatio est: adeantur Petr. Fab. ad *l.* 43. §. 1. & *d. l.* 130. *de div. reg. jur.* Don. *lib.* 21. *comment.* 3. Hotoman. *ilustr. quæst.* 29. Nos eam satis accurate examinamus in nostro Digesto *tit. de obl. & act. lib.* 44. *tit.* 7.

(1) *L.* 42. *d. tit.* 15. *P.* 7.
(2) *L.* 24. *eod.*
(3) *D. l.* 24. & ibi Lop. *gloss.* 5. & 6.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS (1).

Dig. Lib. 3. *Tit.* 3. *C. Lib.* 2. *Tit.* 13.

1 P*ræcedentes tituli* nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Republicæ causa abessent, quive in eorum cujusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cæperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ caussæ sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint. (2).

COMMENTARIUS.

1 *Alterius nomine agere non posse*) Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l.* 2. §. *6. de orig. jur.* Quas proinde suo quemque nomine præsentem proponere oportebat.

2 *Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela*) Hæc causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. tol.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat. Præterea & aliis permissum lege Hostilia, ut est in *hoc textu.*

3 *Nam & morbus & ætas &c.*) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l.* 1. §. 2. *de procurat.*

(1) *Tit.* 5. *P.* 3. & *tit.* 24. *lib.* 2. *Recop.*

(2) *Pr. d. tit.* 5. *P.* 3.

quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. Enimvero quia non ferebant leges, ut actionis legis admitterent procuratorem, Juriscons. excogitarunt modum quo posseat procuratores salvo illo vetere principio admitti, *l.* 123. *de div. reg. jur.* Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel litem excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione vide apud Hein. in *Elem. jur. civ. sec. ord. Inst.* §. 1246. cum *seqq.*

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur.

1 *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicunque enim permisseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Procurator in usu juris dicitur: *Qui aliena negotia mandatu domini administrat.* Nec is tantum qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra judicium, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de procur.* vide *supr. tit. de mand.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui, quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

2 *Rem tuam agere, aut defendere*) Specialiter tamen procurator a reo datus *defensor* dicitur; quem vero actor constituit, *procurator*, nomine generis, ad speciem oppositam contracto, *l.* 12. C. *de procur.* Specialissime autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit, §. 5. *tit. seq.*

TEXTUS.

De tutoribus & curatoribus.

2 *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

Planus est *textus iste.*

(1) *L.* 13. *tit.* 3. *P.* 5.

TITULUS UNDECIMUS.

DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. *Tit.* 8. *C. Lib.* 2. *Tit.* 57.

1 Quoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisdationibus *superiori* subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est: *Promissio securitatis sine pignore nec fidejussore*, cui si jusjurandum accedat, dicitur *juratoria*, §. 2. *infr. eod.* alia idonea, quæ *satisdatio* vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l.* 21 §. 2. *de const. pet.* frequentissime tamen ea quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l.* 1. *qui satisd. l.* 3. *C. de verb. sign.* & quoties lex aut Prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l.* 7. *de stipul. præt.* quanquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l.* 1. §. 9. *de collat. l.* 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus *hoc tit.* agitur, hic est, ut judicium, eaque quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur plenum.

TEXTUS.

De judicio reali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appellatur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur Procurator vero, si in rem agebat, satisdare jubebatur*, rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio*

remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

De judicio personali.

1 *Si verò in personam; ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur: si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam,* judicatum solvi *satisdare non cogebatur.*

Quæ *his duobus textt.* traduntur, ad jus vetus pertinet, satisque intelliguntur ex *ipsis textibus*, atque ex eis quæ de jure novo Justinianus tradit in *seqq.* §§. & nos in commentariis dicimus.

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2 *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullàm satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis; vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Hodie qui suo nomine quacunque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. *De litis æstimatione* dixit pro *judicatum solvi*, quæ olim ab eo qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

2 *Sed pro sua tantum persona*) Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautione committuntur pauperiores, ut jurent scilicet, se facturos quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent (2), simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse. *auth.* Generaliter C. *de Episc. & Cler.* personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l.* 17. *C. de dign. lib.* 12. A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis qui immobilia possident, *l.* 15. *qui satisdare cog.* (3), quos nec jurare teneri arbitror: ¿ alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ *hoc loco* & in *rubr. qui satisd.* opponitur cautione juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni.

3 „In Hispania reus a quo „pecunia petitur, non aliter sa„tisdare, aut pignora dare co„gitur, quam si debitum appa-

(1) *L.* 41. *tit.* 2. *P.* 3.
(2) *D. l.* 41. *vers.* Pero.
(3) *D. l.* 41. *tit.* 2. *P.* 3. *vers.* Otrosi.

„ reat per testes, qui saltem in „ sumario deponant, vel per au„ thenticam scripturam, *l.* 5. *tit.* „ 11. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (66. „ *Tauri*).

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3 *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est; vel præsens dominus lites in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur* (1): *eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ; quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

COMMENTARIUS.

1 *In actoris persona*) Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l.* 1. C. *de satisd. l.* 65. *de proc.* (2): sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l.* 35. *l.* 40. §. *ult. de procur.* (3): item procurator omnium bonorum, *l.* 5. §. 18. *de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, l. 3. §. 2. *ut in poss. legat. l.* 1. C. *de proc.* (4); & secundum hæc temperandi textus generales in *l.* 33. §. 3. *l.* 39. §. 1. *de proc.*

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4 *Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per* judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis* (5): *ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.*

(1) *L.* 21. *tit.* 5. *P.* 3.
(2) *D. l.* 21.
(3) *L.* 10. *eod.*
(4) *D. l.* 21.
(5) *Arg. d. l.* 21. *tit.* 5. *P.* 3.

COMMENTARIUS.

1 De eo qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est, prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet: de quo agitur *hoc* §. altera de eo qui mandatum non habet: & in specie *defensor* dicitur: de quo §. *seq.*

2 *Potest vel ipse in judicium venire &c.*) *Hic* proponitur modus quo reus procuratorem suum ab onere satisdandi *judicatum solvi* liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor. Alioquin secundum regulam generaliter traditam, nemo alienæ rei idoneus defensor esse creditur sine hac satisdatione, sive mandatum habeat, sive non habeat, *l. unic. C. de satisd. l. 21. rem rat. hab.* (1).

3 *Pro omnibus judicatum solvi clausulis*) Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. solv.*

4 „IN HISPANIA *l. 21. tit. 5.* „*P. 3.* quam laudamus in margi-„ne, primam duntaxat satisdatio-„nem e duabus quæ in *text.* recen-„sentur, exigit, nihil de hypothe-„ca cavens; secundam improbat.

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. *Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

1 Ad agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos *supra* memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem *judicatum solvi* pro litis æstimatione præstare, *l. un. C. de satisd.* (2). ¿Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque adeo publice expedit, absentes a quibuscumque posse defendi, *l. 33. §. 2. de procur.* nulla vero aut humanitatis aut publicæ utilitatis ratio suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur a falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest: nihil autem interest actoris, a quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. 76. de procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. 61. eod. l. 4. de re jud.*

(1) *D. l. 21. & l. 10. eod. in fin.*

(2) *D. l. 10. tit. 5. P. 3. in fin.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma observanda.

7. *Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus : cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi.*

COMMENTARIUS.

1 Hæc non indigent interpretatione Cicero *lib.* 1. *de offic. cap.* 28. *Nec Medici, nec Imperatores, nec Oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quidquam magna laude dignum sine usu, & exercitatione consequi posunt.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. *Tit.* 11.

1 Quoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes que in defunctum competebant æque in heredes dantur; & aliquando nec heredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod *hic titulos* superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt : eas vero, quæ ex pro-

pria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum, quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari.

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege &c.*) Actiones que ex lege, senatusve consulto, aut ex Principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum, cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus perfectas nullo tempore finiri.

2 *Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt*) Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, arg. *l.* 1. *de usurp.* & *usuc.*

3 *Certos fines dederunt*) Ut scilicet actiones, 30. & ad summum 40. annorum prescriptione excluderentur, *ll.* 3. & 4. C. *de præscr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. C. *de ann. exc.* quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor heresve ejus obligatæ possessioni incumbit, *l.* 7. §. 1. C. *de præscr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. *in fin.* C. *de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes 10. aut 20. annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *ll.* 1. & 2. C. *si advers. cred. præscr. d. l.* 7. *in pr.* C. *de præscr.* 30. *ann.* Adhæc, actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l.* 1. §. 1. *in fine* C. *de ann. exc.*

4 *Tam in rem*) Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, 30. annis terminantur. Hoc tamen intellige, nisi fuerit usucapta: nam usucapione completa, actio in rem veteris domini evanescit, dominio ejus extincto.

5 *Aliquando in perpetuum extenduntur*) Quia officium Prætoris intra annum erat, ait Justinian. in *hoc text.* actiones ex ejus jurisdictione pendentes plerumque intra annum vivere: aliquando tamen in perpetuum extendi; & quidem honorariæ actiones omnes quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l.* 35. *de oblig.*

℣ *act*. Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox adiemus.

6 *Furti quoque manifesti actio*) Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *d. l.* 35. *de oblig.* ℣ *act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus Prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam quæ ex lege XII. Tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam. Vide *sup.* §. 5. *de obl. quæ ex de leg.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæc prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult.* §. *ult. naut. cap. stab. l.* 13. §. *ult. de publican.* Actio de dolo dupliciter anomala est ex constitutione Constantini in *l. ult.* C. *de dol. mal.* et quia non finitur anno, sed biennio; et quia cœpta ante biennium completum, post biennium non durat contra famosam regulam quæ docet, omnes actiones, semel inclusas judicio 40. annos durare, ut modo monuimus ex *l.* 1. §. 1. C. *de ann. excep.* seu ut dici solet perpetuæ fiunt, aut salvæ permanent, *l.* 139. *de div. reg. jur.* Judicia criminalia regulariter 20. annis finiuntur, *l.* 12. C. *ad leg. Cornel de fals.* Sed ea huc non pertinent.

7 , In Hispania quo tempo-
, re præscribantur actiones tradi-
, mus in nostra *Illust. lib.* 2. *tit.* 3.

TEXTUS.

De actionibus quæ in heredes transeunt, vel non.

1 *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætore dantur,* ℣ *in heredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere; veluti furti, vi vonorum raptorum, injuriarum damni injuriæ* (1). *Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur; excepta injuriarum actione,* ℣ *si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit; veluti cum testator dolose versatus sit,* ℣ *ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ,* ℣ *heredibus dantur,* ℣ *contra heredes transeunt* (2).

COMMENTARIUS.

1 Actionum quædam & heredibus & contra heredes dantur: quædam heredibus quidem, sed non contra heredes: quædam denique neque heredibus neque contra heredes. Et heredibus &

(1) *L.* 20. *tit.* 14. *P.* 7.

(2) *D. l.* 20. *l.* 25. *tit.* 1. *eod.*

contra heredes dantur quæcunque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt; nisi quod actio in rem tantummodo respectu possesionis in heredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l.* 25. *de oblig. & act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu, an ex maleficio: sed utroque casu non minus in heredes, quam heredibus actionem dari contendimus; & quidem in heredes in solidum: hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in heredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l.* 1. & *tot. tit. C. de hered act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in heredes in solidum dari, *l.* 7. §. 1. *depos. l.* 157. §. *ult. de div. reg. jur.*

2 De iis vero quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *l.* 7. §. 2. *de cond. furt. l.* 21. §. *pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an heredibus aut contra heredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra heredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. 7. *obs.* 37. & 13. *obs.* 39. Ego vero existimo, etiam his actionibus heredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in heredem, *l.* 2. *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* §. *ult. sup. de obl. quæ ex del. l.* 6. §. 4. *de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus heredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in heredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad heredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, ut pater ex *l.* 23. §. 8. *ad l. Aquil. l.* 111. §. 1. *de div. reg. jur.* §. 9. *supr. de leg. Aquil.* item *hoc text.* & *innumeris aliis locis.*

3 Secundo: quia regulæ earum actionum quæ in heredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l.* 1. *de privat. del. l.* 38. *l.* 111. §. 1. *de div. reg. jur. l.* 23. §. 8. *ad l. Aquil.* & *hoc text.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hereden dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. 9. *supr. de leg. Aquil.* negat, actionem legis Aquiliæ in heredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur.

4 Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus heredes non dari, nisi

(1) *D. l.* 20. *l.* 25. *tit.* 1. *eod.*

quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur *pœnales*, ut in *l. un C. ex del. def.* ¿ Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo quod plurimum & fere semper fit, conceptas, sic accipere, si agatur de eo quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in conditione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de act. rer. am.* Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte Ulpian. ait, in condictione ex causa furtiva heredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si vero plures sint heredes, singulos pro partibus hereditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, proculdubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus in *l. 6. §. 4. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri heredem mulieris, perinde ac tenetur heres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus heredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hereditate, non autem de rebus amotis: ut si plures sint heredes, non singuli in solidum teneantur, sed universi, singuli autem pro ea parte pro qua heredes extiterunt, secundum *d. l. 9. de cond. furt.*

5 *Ex maleficiis pœnales*) Actiones ex maleficiis pœnales heredibus dantur; at in heredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. 38. l. 111. §. 1. de div. reg. jur.* ¿ Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum qui tumultûs, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in heredem vero ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. 18. depos.* Unde quatenus pœnalis est, non transit in heredem, transit vero quatenus est rei persecutoria, & quidem in solidum, quia simplum solidum est, & pœna alterum tantum.

6 Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest, persequantur; de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit, & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei cui eo facto quid abest; atque ita a parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in heredem non datur, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *l. 26. de dol. mal.* item ea quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis quoque est adversus

mensorem qui falsum modum dixit, *l.* 3. §. [illegible]. *si mens. fal. mod.* item quæ proponuntur in *l.* 7. §. *ult. de trib. act. l.* 1. §. *ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. l.* 1. §. *ult. de eo per quem fact. erit, quominus quis in jud. l. pen.* §. 1. *ne quis eum, qui in jus voc. l.* 4. *in fin. ll.* 6. & 7. *de alien. jud. mut. cau.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: a parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum conceptá est.

7 At cum heres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda; quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium ad heredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, *l.* 38. *de div. reg. jur. l.* 22. C. *de pœn.*

8 Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam heredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in heredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *l.* 5. *de calumn. l.* 26. *de dol. l. unic. C. ex. del. def.* cum *similib.*

9 *Excepta injuriarum actione*) Actio injuriarum neque heredibus, neque in heredes datur, *l.* 13. *in pr. d. injur.* (1). Quod non datur in heredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus (2): quod heredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l.* 7. §. 1. *eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ult. supr. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur: antequam litem contestemur, *l.* 28. *eod.*

10 *Si qua alia similis*) Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen.* §. *ult. ne quis eum qui in jus voc. l.* 4. *de calumn. l.* 7. *C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exheredato aut præterito illatam quasi ulciscitur, *nov* 115. *cap.* 5. & non nisi præparata ad heredes transit, *l.* 6. §. *ult.* cum *l. seq. de inoffic. test.*

11. *Aliquando etiam ex contractu actio in heredem non competit*) Puto, intelligit actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt. Huc pertinent nonnullæ actiones ex his quæ modo retulimus *num.* 6. Cæteræ ex contractibus descen-

(1) *L.* 25. *tit.* 1. *P.* 7. junct. *l.* 23. *tit.* 9. *P.* 7.

(2) *D. l.* 25.

dentes contra heredes dantur, & quidem in solidum, ut monuimus *sup. num.* 1. quia nempe dolus ex contractu & rei persecutione descendit, ut de actione depositi ait Ulp. in *l.* 7. §. 1. *depos.*

12 *Fuerint contestatæ*) Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *l. omnes* 139. *de div. reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in heredes rei non dantur, licet active transeant: at lite contestata & active transeunt & passive, *l. omnes* 26. *l.* 58. *de obl. & act. l. pœnalia* 164. *de div. reg. jur. l. unic. C. ex del. def.* (1): quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœna persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata; *l.* 33. *de obl. & act.*

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

2 *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione, ad solvendam pecuniam, *l.* 21. *de jud.* ita etiam æquum est, audiri eum qui post acceptum judicium ante rem judicatum satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, fac. *l.* 73. *de proc. l.* 5. *de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

(1) *D. l.* 25. *l.* 20. *tit.* 14. *P.* 7.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 36. (1).

Pleraque observatu digna.

1 Quicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio: actio a parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio a parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est; de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis: nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiationi utitur, aut depulsione. Inficiatio est: *Cum reus negat, ullam actori esse actionem de eo quod petitur.* Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse: sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia; si dicat, actorem ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur: id est, solum tractatur in judicio, an verum sit quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi a reo oppositæ disputatur; ac probante actore reus condemnatur, non probante, simpliciter absolvitur, Covarr. in *cap. Possessor malæ fidei* 2. *de regul. jur. in 6. part.* 1. *relect. init. in* 5. In conjuncta autem affimatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est, l. 1. C. *de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut o-

(1) *Tit.* 7. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

attendatur, vere negare reum, actionem actori competere.

2 Depulsio est: *Cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat.* Hæc defensio in usu juris *exceptio* appellatur.

3 Exceptio igitur est: *Defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit,* in *pr. hoc tit. l.* 2. *hoc tit.* Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causâ, *hoc tit. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l.* 34. §. 1. *de oblig. & act.* quanquam usu Interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit, sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Vide Covar. *d. loc. nn.* 4. & 5.

4 ¿Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus: *Exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere &c.* Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. Nomen *exceptionis* natum ex formula judicii quod sub exceptione dabatur; sic enim Prætor subjiciebat: *Nisi, si non, extra quam si* illud aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eandem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l.* 22. *hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, a conceptione sumpta est, sicut Ulpiani in *l.* 2. *eod.* ab effectu & utendi modo. Vide Duar. ad *l.* 7. §. 2. *de pact.* Cujac. 5. *observ.* 34. Sed & exceptio omnis præscriptio dicta, *l. pen. hoc tit. l.* 8. *l. pen.* & *ult.* & in *rubr.* C. *eod.* cum *similib.* de cujus verbi ratione consule Alciat. *de quinq. de ped. præscr.* Donell. in *rubr.* C. *hoc tit. num.* 15.

5 „In Hispania hæc nomi„na *Defensio, Exceptio,* pro„miscue usurpantur, *l.* 8. cum „*seqq. tit.* 3. *P.* 3. *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* „11. *Nov. Rec.*

TEXTUS.

Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

COMMENTARIUS.

1 *Defendendorum eorum gratia*) Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est. Ob eandem causam nonnulli censent, verbum *excipere* translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu Auctorum juris

TEXTUS.

Exempla.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere; palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandum actionem.*

COMMENTARIUS.

1 Illustrat exemplis quod dixit in *pr.* sæpe accidere, ut actio qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam a principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis.

2 *Metu coactus*) Qui metu coactus aliquid promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l.* 21. §. *pen. quod met. caus.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam vero illud quo eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo consule Arist. 3. *Ethic.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera, neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l.* 116. *de div. reg. jur.* cum *simil.* Eodem modo explicanda exceptio doli, de qua etiam in *text.* competens ei, qui dolo inductus promissit.

3 *Errore lapsus*) Circa causam promittendi: nam error in persona, aut re promissa, obligationem nasci non patitur. Vide notata ad §. 22. *supr. de inut. stipul.*

4 *Efficax est*) Per se scilicet ac vi sua, hoc est, si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Iam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l.* 112. *de div. reg. jur.*

5 *Exceptio quod metus causa*

Exceptio quod metus causa in rem scripta est: *Si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is qui agit, metus causa fecerit, sed an omnino metus causa factum sit in ea re a quocunque, non tantum ab eo qui agit: quod contra evenit in exceptione doli mali, *l.* 4. §. *pen. de dol. mal. exc.*

6 *In factum*) In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat: quemadmodum & actiones quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, uti illæ quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipue subsidiariæ, de quibus explicatum §. *ult supr. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem aut reverentiam debitam personæ quæ convenitur, in factum agendum, quo casu adversus alios est actio de dolo, *l.* 11. §. 1. *de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l.* 4. §. 16. *de dol. exc.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeravit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

COMMENTARIUS.

1 Patet ex *hoc text.* exceptionem non numeratæ pecuniæ non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l.* 6. §. 1. & *l. seq. de nov.*

2 *Cujus tempora*) Exceptio non numeratæ pecuniæ, cum antea quinquennis esset, a Justiniano biennis tantum facta est, *supr. tit de litt. oblig.* ubi fuse de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore: ne a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit:* si paret eum dare oportere; *sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

1 *Textus hic* nulla indiget explicatione.

2 „In hispania repetenda „est memoria ejus quod sæpe di- „ximus, pactis nempe eandem „vim inesse ac stipulationibus: „cui omnino consequens, ut pa- „cta obligationes constituant, & „solvant ipso jure.

TEXTUS.

De jurejurando.

4 *Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones, veluti si petitore deferente possesor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet: licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

COMMENTARIUS.

1 Exceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jurisjurandum de quo *hic* quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l.* 25. & *l. seq. in fine de jurejur.* Huc accommodanda quæ de actione ex jurejurando diximus *sup.* §. 11. *de action.*

4 „In Hispania obligatio- „nem tolli ipso jure per jusjuran- „dum de quo in *hoc* §. consequens „omnino est ei quod diximus in „§. *præcedenti*, cum hoc jusjuran- „dum ex conventione descendat. „De hac liberatione agitur in *l.* „2. *tit.* 11. *P.* 3.

TEXTUS.

De re judicata.

5 *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

1 Non ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. ¿ Quid enim si Judex perperam pronunciaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ á qua appellatum non est, quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas; alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l.* 6. *de exc. rei judic.*

2 *Per exceptionem rei judicatæ*) Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l.* 3. *de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qua-

lia sint, late explicatur in *l.* 12. cum *seqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6 *Hæc exempli causa retulisse sufficiat, alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

COMMENTARIUS.

1 Justinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen *Digestorum. lib.* 44. *tit.* 1. cum *seqq.*

TEXTUS.

Divisio prima.

7 *Quarum quædam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione susbtantiam capiunt.*

COMMENTARIUS.

1 Hæc exceptionum divisio sumpta est a causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *sup. de oblig.* & actionum §. 3. *supr. de act.*

2 „In Hispania divisionem „*hoc text.* traditam non agnosci„mus, sed omnes exceptiones ci„viles sunt, ut in simili diximus „de obligationibus & actionibus, „§. 1. *de oblig.* & §. 3. *de a*„*ction.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

1 *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quarundam exceptionum hæc vis est, ut rem de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt *perpetuæ* & *peremptoriæ*, aliæ *temporales* & *dilatoriæ*, *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De perentoris.

9 *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt* 2): *qualis est*

(1) *L.* 8. cum *seqq. tit.* 3. *P.* 3. & *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 11. *Nov. Rec. Tom. II.*

(2) *L.* 8. junct. *l.* 11. *tit.* 3. *P.* 3.

exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ semper agentibus obstant &c.*) Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 2. C. *de prec. Imp. off.* (1). Non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, *l. nihil interest* 112. *de div. reg. jur.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non a tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt; sed a tempore quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. Cajus eas sic definit: *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt, l.* 3. *hoc tit.* scilicet semel oppositæ.

2 *Exceptio doli mali*) Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l.* 5. §. *ult.* de *dol. exc.* Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest; quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio; querelæ inofficiosi quinquennio finitur, Gomez 1. *var. resol.* 11. *num.* 20.

3 *Quod metus causa, &c.*) Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui, exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species, omnes nempe quæ rem de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne in-*

(1) *L.* 8. junct. *l.* 11. *eod.*

tra certum tempus ageretur, vel uti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur (1). *Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimis Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur observare.*

COMMENTARIUS.

1 Exceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*; quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, l.* 3. *hoc tit.* Ex hac definitione collata cum ea quam ex *eadem l.* 3. tradidimus §. *præced.* apparebit semper, an exceptio de qua agitur peremptoria sit vel dilatoria. De exceptione quidem excussionis, quæ fidejussoribus datur, dubitari potest. Et probabilius videtur, ad classem peremptoriarum referendam: nam actionem perimit, quoad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperiatur: quod sufficit ut peremptoria censeatur, *l.* 56. *de cond. indeb.* Alii anomalam eam appellant. Cætera quæ in *text.* traduntur de petente ante tempus, tractata jam sunt in §. 33. *de action.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

II. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit* (2). *Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis superesse sine offensa militaris di-*

(1) *L.* 9. *tit.* 3. *P.* 3.
(2) *L.* 9. *tit.* 3. *P.* 3. *l.* 5. cum *seq. tit.* 5. *eod.*

sciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frecuentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus: nec dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1 Exceptionem dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria &c. quædam constitutionem judicii. Atque ex his quædam personam Judiciis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis, de qua in *l.* 7. *de jud.* item ea quæ specialiter dicitur *exceptio incompetentiæ*, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re de qua agitur, aut in personam cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit.* C. *de his qui pers. legit.* &c. (1). Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l.* 2. §. *ult.* *l.* 3. *hoc tit.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona Judicis, aut adversarii, aut procuratoris idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat; & generaliter quæcunque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde a Cicerone *lib.* 1. & 2. *de invent.* appellantur *translationes* & *judicii commutationes.*

2 *Mulierem*) Refert *hic* Justinianus aliquas exceptiones procuratorias. Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l.* 2. *de div. reg. jur.* *l.* 1. *de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l.* 54. *de procur.* *l.* 18. C. *eod.* ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem (2). Plane, alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l.* 4. C. *eod.*

3 *Militibus nec pro patre*) Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse posunt, *l.* 8. §. 2. *de proc.* *l.* 7. C. *eod.*

4 *Suis negotiis*) *l.* 9. C. *de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

(1) *D. l.* 9.

(2) *D. l.* 5. *tit.* 5. *P.* 3.

5 „ QUOD AD HISPANIAM „ attinet, animadvertere libet, ex- „ ceptiones dilatorias proponen- „ das & probandas esse intra no- „ vem dies qui prorogari nequeunt, „ a termino ad contestandam li- „ tem concesso numerandos; ni- „ si notoriæ fuerint, quo casu „ eas qua tales intra idem spa- „ tium allegare sufficiet. Si au- „ tem peremptoriæ sint, intra „ viginti dies a lite contestata „ computandos, allegari debent: „ qui terminus protrahi potest, ju- „ rante reo sibi exceptiones fuisse „ ante ignotas, nec malitiose tunc „ ab eo objici, *l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 11. „ *Nov. Rec.* junct. *l.* 1. *tit.* 3. *eod.* „ Azev. in *d. l.* 11. *tit.* 5. Gutierr. „ *lib.* 1. *practic. quæst.* 52. cum „ *seq.* D. Covarr. *pract. quæst.* „ *cap.* 26. *n.* 2. Quinimo ipse „ Azev. *ubi sup. n.* 55. fortiter „ defendit admittendas esse; at- „ tenta *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 11. *Nov.* „ *Rec.* quæ solam rei veritatem res- „ piciendam jubet, exceptiones pe- „ remptorias quas reus objecerit „ elapso prædicto 20. dierum ter- „ mino, ante publicationem tamen „ attestationum, quamvis nullam „ alleget causam ad excusationem „ ignorantiæ; solumque hoc casu „ damnandum eum, ut actori sar- „ ciat expensas retardati judicii: „ atque ita si se pluries vidisse, al- „ legasse & fecisse testatur, cu- „ jus usus testis quoque est D. „ Covarr. in *d. n.* 2. *vers. Re-* „ *cusatio ubi* etiam æquiorem ap- „ pellat sententiam Saliceti, alio- „ rumque existimantium, locum „ esse post litis contestationem ex- „ ceptionibus dilatoriis, seu quæ „ ante hanc opponi debet, quo- „ tiescunque maximi præjudicii „ sint, juretque reus prius earun- „ dem notitiam non habuisse.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

1 UT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.* 2. §. 2. *de exc.* estque nihil aliud replicatio, quam: *Secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem a reo oppositam.* Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit *d. l.* 2. §. 1. unde a Paulo dicitur *contraria exceptio* quasi exceptionis exceptio, *l.* 22. §. 1. *eod.* quanquam proprie exceptio appellatur ea defensio qua reus nititur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut excep-

tio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

De duplicatione.

1 *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2 *Et, si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3 *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

1 *Hi* quatuor *textus* nulla indigent explicatione.

2 „In Hispania ultra duplicationem progressus non datur, „*l.* 3. *tit.* 7. *lib.* 11. *Nov. Rec. l.* „1. *tit.* 15. Casum excipe, quo „necesse fuerit reo instrumenta „denuo reperta producere: tunc „enim ipsi juranti non antea fuisse sibi nota, eorumdem in alio „libello exhibitio permitenda, *d.* „*l.* 3. Et vide quæ diximus in „§. 3. *de except.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non.

4 *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte; quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim, debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo*

creditor experiatur, defenditur per exceptionem. Si bonis cesserit. *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur* (1): *ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi* (2).

COMMENTARIUS.

1 Utrum exceptio quæ debitori competit, ad alios, puta heredes, fidejussores, transeat necne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam, sive, quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani &c. *l.* 7. §. 1. *hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti quo nominatim convenit, ne a solo debitore peteretur, *l.* 22. *de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, *d. l.* 7. *in pr.* (3). Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l.* 7. §. 1. *l.* 19. *hoc tit. de except. l.* 17. §. 5. cum *aliquot ll. seqq. de pact.* & *plurimis aliis* (4). Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l.* 24. cum *seq. de re jud. l.* 22. *l.* 25. §. 1 *de pact.* cum *similib.*

4 *Quia mandati judicio*) Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset: quippe á quo fidejussor, quod solvit judicio mandati repetere potest, §. 6. *supr. de fidej. l.* 14. C. *eod.* Hinc quod a fidejussore petitur, á reo exigi, scribit. Ulp. *l.* 29. *de recep. qui arb. rec.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens, fidejussori non proderit, *l.* 32. *de pact. l.* 9. §. *pen. de senat. Maced.*

3 *Debitor si bonis suis cesserit*) Proponitur *hic* exceptio secundi generis quæ fidejussoribus non prodest, illa scilicet quæ dicitur *competentiæ*: de qua vide quæ diximus *sup.* §. *ult. de act. num. ult.* ubi id explicuimus.

(1) *D.* 3. *tit.* 15. *P.* 5.
(2) *Princ. tit.* 11. *P.* 5.
(3) *D. l.* 3. *tit.* 15. *P.* 5.
(4) *L.* 15. *d. tit.* 12. *P.* 5.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 1.

1 Postquam de actionibus, earumque ordine, progressu & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis: quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes: id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & *actionis* vervo contineri dicuntur, *l.* 37. *de oblig. & act.* Denique & olim ex causa interdicta adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit ut recto & protinus actio in possessorem proponatur, *ll. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum *D.* inscripserunt: *De interdictis, sive extraordinariis actionibus &c.*

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possesione inter aliquos contendebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Seu actionibus, quæ pro his exercentur*) Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

2 *Formæ atque conceptiones verborum*) Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. *D.* cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterem formulam spectemus, sic recte definietur: *Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionem jubebat aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei de qua agebatur, conveniebat.*

3 *Aut jubebat aliquid fieri*) Sine constitutione judicii. Nam Prætor ad postulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa vervorum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu mini-

strorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l.* 1. §. 2. *si vent. nom. mul. l.* 3. *pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi, ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam: *Actiones quibus de possessione disceptatur.*

4 *Tunc maxime cum de possessione*) Ait, *maxime*: quia quædam interdicta proprietatis aut quasi propietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua cuotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 3. §. *ait* 11. cum §§. *seqq. de itin. actuque priv. l.* 1. §. *ult. de aq. cott. & æst.* quanquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consecuentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc usu, qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l.* 3. §. 13. Don. ad *hunc tit.* C. *n.* 6. Et hoc est quod dicitur in *d. l.* 1. §. *ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cum illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessioni, tantum sint preparatoria, & ubi desierunt, incipiat secunda actio, *l. ult.* C. *quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l.* 10. C. *de jud.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrime imperio Prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis propietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos Judices delegari potest.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio posidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & pro-*

hibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari: quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 Divisio interdictorum (de quibus omnibus exempla traduntur in *textu*), quæ *hic* proponitur, a forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quam quæ de rebus privatis: in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria. Ulpian. *l.* 1. §. 1. *hoc tit:* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit, *l.* 3. §. 2. *ne vis fiat ei*, item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l.* 3. §. 1. *de liber. exh.* Vide Cujac. 4. *obs.* 11.

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

(1) L. 3. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Recop.*

COMMENTARIUS.

1 Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum quæ ad rem familiarem pertinent, *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem a fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem.* (1).

Itaque si quis adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

COMMENTARIUS.

1 Adipiscendæ possessionis interdicta dicuntur: *Quæ comparata sunt ad possessionem quam antea non habuimus, nunc primum acquirendum*: cujus generis duo *hic* proponuntur & explicantur; interdictum *quorum bonorum*, & *Salvianum*. In eodem genere sunt & interdicta *quod legatorum*; *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*; *de tabulis exhibendis*, & *de glande legenda*: quæ extant & explicantur in *D.*

2 *Accommodantur bonorum possessori*) Competit hoc interdictum *quorum bonorum* ei cui ex edicto Prætoris bonorum possessio data est, *l.* 1. *quor. bon.* uno verbo, heredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili heredes facti sunt, per *l.* 1. *C. quor. bonor.* (1), Glos. comm. approbata ad *rub. C. eod.* Ant. Fab. *C. suo eod. tit. defin. un.* Quanquam hoc displicet Donell. ad *d. tit.* C. *num.* 3. Cujac. in *par. C. eod.* ; Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui a Prætore data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est, hoc est, Prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l.* 3. §. 1. *de bon. possess.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult.* C. *quor. bon.*

3 *Ut quod ex iis bonis*) Competit hoc interdictum de iis bonis quæ in hæreditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti: *Possideresve, si nihil usucaptum esset*, *l.* 1. *quor. bon.*

4 *Pro herede aut pro possessore*) Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum qui pro herede prove possessore possidet; quod etiam *hic* expressum est: deinde adversus eum qui dolo malo fecit, quominus pro herede prove possessore possideret; quod nominatim adjectum est in *l.* 2. C. *quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti: *Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere*, *d. l.* 1. *eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, quod dolus pro possessione sit, *l.* 131. *l.* 150.

(1) *D. l.* 3. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Recop.*

cum *simil. de div. reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hereditatis, *l.* 7. C. *de pet. her.* Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, rem auferre ei qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hereditas ab eo peti possit, argum. *l.* 13. §. 1. *de her. pet.* Covarr. *pract. quæst. cap.* 12.

5 *Restituere debeat*) Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res sibi restitui quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l.* 1. *in fine quor. bon.* (1).

6 *Pro herede autem*) Is dicitur pro herede possidere: *Qui se heredem dicit, cum non sit*, sive sciat, se heredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem: *Qui nullam aliam causam possidendi habet, quam quod possidet*; unde & nomen natum, *l.* 11. cum *seqq. de her. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod heredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hereditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto, *l.* 2. *quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hereditarii tenentur, si se heredes esse contendant, *l.* 9. *l.* 13 *in fin. de her. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet, se heredem esse, *l.* 1. C. *quor. bon.*

7 Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria in quibus agitur de momentanea possessione, & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam (2). In petitione autem hereditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l.* 1. junct. *l.* 9. C. *de judic.* Menoch. *de adip. poss. rem.* 1. *n.* 97. & *seq.* Ant. Fab. C. *suo, tit. quor. bon. defin. unic.* Plane, in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas, *l.* 1. *in pr. de rei vindic. l.* 1. §. 1. *quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. I. ratione intentionis actoris, qui univer-

(1) *D. l.* 3.
(2) *D. l.* 3. *tit.* 34. *lib.* 11.

sa bona ad se pertinere dicit. II. ratione tituli quos reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur, quam qui pro herede vel pro possessore possidet. Cui non obstat quod dicitur, petitione hereditatis teneri etiam qui rem unam hereditariam, licet minimam, possidet, *l. 9. & seq. de her. pet.* Nam qui vel unam rem hereditariam pro herede possidet, is totam hereditatem & universi juris succesionem sibi asserit.

8 Est & aliud remedium possessorium heredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani in *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, suscriptionis auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hereditarium, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exheredationis aut præteritionis (1). Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec heredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri solet, redactum sit, aut petente herede nuncupato publicatum: de quo Menoch. *de adip. poss. rem.* 4. *nu.* 648. & 726. Ant. Fab. C. *suo, ad eundem tit. defin.* 3. & 4.

9 *Interdictum, quod Salvianum*) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Julianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quo tu illi pro mercede fundi oppignerasti qua de re agitur, id illi restituas* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam a colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi Interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori pigneratitio.

10 Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, §. 7. *sup. de act.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adispicendam possessionem sufficit probare, rem de qua agitur, pignori obligatam fuisse, at in actione Serviana quæ judicii petitorii est, hoc am-

(1) *L. 2. tit. 14. P. 6.*

plius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, *l.* 15. §. 1. *de pign.* *l.* 23. *de probat.* quod explicatum sub *d.* §. *Serviana* 7.

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4 *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta* uti possidetis & utrubi: *cum ab utraque parte de propietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex ligatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente petat. Et quia longe commodius est & potius, possidere, quam petere; ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione.* Commodum *autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet* (1). *Sed interdicto quidem* uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* utrubi *vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam* uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore detinet.*

COMMENTARIUS.

1 Retinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur: *Per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus.* Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrubi.* Prius de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l.* 1. *uti poss.* *l. unic. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si a rebus discesserit, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit;

(1) *L.* 28. *tit.* 2. *P.* 3.

ut declaratur in calce *hujus* §.

2 *De proprietate alicujus rei*) Hæc interdicta locum habent, cum de propietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l.* 1. §. 3. *uti poss.* Ubi Ulpian. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

3 *Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit*) Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, *l.* 13. C. *de rei vind.* Nam, ut demonstravimus *supr*, §. 1. *de act. n.* 19. probandum est reum possidere, ad fundandam actionem in rem. Quandiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l.* 62. *de jur.* ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fruatur. ¿Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint? *l.* 3. §. 5. *de adq. v. am. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdem eorum usurpatos plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juste, alter injuste, *l.* 6. §. 1. *eod. l.* 3. *pr. uti possid.*

4 *Commodum possidendi in eo est*) Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi, rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore, res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l.* 2. C. *de prob. l.* 4. C. *de edend.* (1). Quam ob causam ei qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in *l.* 24. *de rei vindic.* ut videat, num alicuo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare.

5 ¿Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse; quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renunciaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renunciandi possessioni aut interdicto,

(1) D. l. 28. tit. 2. P. 3.

l. 12. §. 1. *de adq. v. am. poss.* in qua Ulp. eam firmat, inquiens, nihil habere commune propietatem cum possessione.

6 *Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*) *l.* 1. & pass. *uti possid. l.* 1. C. *eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiose, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult.* & *l. seq. eod.* Et hoc est quod dicitur in *l. ult. de adq. v. am. poss.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere.

7 *Utriusque interdicti potestas exæquata est*) Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut *hic* declarant Compositores, a quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulp. in *l. unic.* §. 1. *de utrubi.* Olim vero differentia observabatur, quæ refertur in *textu*: ibi: *Quorum vis &c.* Jure autem canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ; sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet* 9. ✠ *de probat.*

8 „In Hispania qui per annum & diem rem possederit, „nec vi, nec clam, nec precario, sed bona fide, & justo „titulo, scienteque eo qui rem „petit, super possessione sua in„quietari non potest, *l.* 3. *tit.* 8. „*lib.* 11. *Nov. Recop.* quæ licet de „locis loquatur in quibus foro pro„prio, seu lege municipali id re„peritur statutum; tamen gene„raliter observatur.

9 „Speciale quoque interdi„ctum habemus, quod *de interim* „(*de entre tanto*) seu *possessorium* „*summarissimum* DD. nostri ap„pellant, usu fori introductum, „simile quidem interdictis reti„nendæ, de quibus in *textu*; „nonnihil tamen ab eis distin„ctum. Nam in nostro tantum „attenditur, quis tempore litis „notæ ultimum actum possessio„nis exercuerit, & adhibita bre„vi seu summaria cognitione, Ju„dex interloquendo sententiam „pronunciat. Unde sententia ista „non diffinitiva est, sed interlo„cutoria; possessionem pro eo „qui probaverit, decernente Ju„dice dum causa principalis pen„det, ne partes interim veniant „ad arma. Neque juribus pro„pietatis, & possessionis præ„judicat. Si ergo concipi solet „sententia: *Entretanto que esté* „*pleito se ve i determina difini*„*tivamente; sin perjuicio del de*„*recho de las partes en posses*„*sion i propiedad.* Optime D. „Covarr. *pract. quæst. cap.* 17. „per totum, ubi singularia hujus „interdicti invenies, Maymo *hoc* „*tit. a n.* 12.

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

5 *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur* (1). *Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

COMMENTARIUS.

1 Quia interdictorum objectum possessio est, ideo Justinianus *hoc loco* obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

2 *Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine*) Possidere, auctore Theoph. §. *pro pen. supra per quas pers. cuiq. adq.* est: *Animo & affectu dominantis rem tenere.* Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12. cum *simil.* (2). Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, *l.* 3. §. 8. *uti possid.* Vide tamen Menoch. *retin. pos. rem. ult.* Fructuarius quoque non magis possidet, quam superiores, §. 5. *supr. per quas pers. cuiq. adq. l.* 6. §. 2. *deprecar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum *unde vi*, *l.* 3. §. 13. & *seq. de vi* & *de vi arm.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quandiu usus fructus perseverat, Cujac. 9. *obs.* 33. Don. ad. *l. unic. C. uti poss. num.* 5.

3 *In possessione sit*) Recte *in possessione.* Nam aliud longe est possidere, aliud in possessio-

(1) *L.* 5. *tit.* 30. *P.* 3. *l.* 12. *eod.*

(2) *L.* 5. *d. tit.* 30. *P.* 3.

ne esse, *l.* 10. §. 1. *de adq. v. am. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ult. supra. de ingen.* Is possidet cujus nomine possidetur: qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium, *l.* 18. *pr. de adq. v. am. poss.*

4 *Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet*) Per eos qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem &c. possessio nobis retineri potest (1). Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur, in que eo veteres omnes consentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte e possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem a nobis retineri *l.* 31. *de dol. mal.* (2). Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus *l.* 40. §. 1. *de adq. v. am. poss.* sententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. 8. *eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit *d. l.* 3. §. 9. quod & apud Julianum relatum est *l.* 33. §. 4. *de usurp. & usucap.* (3). Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l.* 44. §. *ult. de adq. v. am. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. C. eod.* Donell. 5. *comm.* 12. Anton. Fab. *dec.* 4. *err.* 2. & *seq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit (4); verius tamen esse, quod his constitutionis verbis: *Vel alii prodiderit*, tradens æque ac deserens comprehendatur, evincit ratio quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo Interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. *num.* 17. & *seqq.* Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *L.* 1. §. 22. *de vi.* (5).

5 *Animo solo retineri possessionem*) Etiam solo animo retineri possesio potest, *l.* 4. *C. de adq. poss.* Itaque licet corpore quis e fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l.* 3. §. 7. &, *seqq. l.* 6. *in fin. eod.* (6), quamvis neque servum, neque colonum &c. in fundo reliquerit, *l.* 44. §. *ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, *l.* 49. *eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo dominos continere, aut possessionem

(1) *L.* 12. *eod.*
(2) *L.* 13. *eod.*
(3) *D. l.* 13. *tit.* 30. *P.* 3.
(4) *D. l.* 13.
(5) *D. l.* 13.
(6) *L.* 12. *tit.* 30. *P.* 3.

amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relictat sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea tamen facultate sublata etiam inviti posidere desinimus, *d. l.* 3. §. 13.

6 *Hic autem locus* occasionem Doctoribus præbuit, ut eum qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri (1). Illud a vero abest quam longissime quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis ejectis aut repulsis, vi ab alio occupata est, *l. 6.* §. 1. *l.* 25. §. *ult. de adq. v. am. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit, quoniam, ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *d. l.* 3. §. 13. *eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus, uti possidet jure, ita plene possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vide Menoch. *rem. ult. retin. poss.* n. 17. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis agere deberet, Anton. Fab. *lib.* 8. C. *sui*, *tit.* 4. *definit.* 8.

7 *Animo solo adipisci possessionem nemo possit*) Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *l.* 1. §. 3. *de adq. v. am. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis *l.* 3. §§. 1. & 3. *l.* 8. *l.* 23. *eod.* (2). Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat: quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, *l.* 1. §. 1. *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 23. *eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l.* 1. §. *pen. l.* 18. §. 2. *l.* 51. *eod.* (3). Falluntur enim qui hujusmodi casus a regula exceptos putant, quasi hic nudo animo

(1) *L.* 2. *eod.*
(2) *L.* 6. *tit.* 30. *P.* 3.
(3) *D. l.* 6. cum *duab. seqq. eod.*

citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *d. l.* 1. §. *pen.* & *d. l.* 51. Sed illi, cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorem illam aprehensionem quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. ¿Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l.* 3. §. 12. *d. l.* 18. *de adq. v. am. possess.* (1): quoniam in iis quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur.

8 Amittendæ possessionis alia ratio est; nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit (2), aut in aliam speciem transformata, *l.* 30. §§. 1. & 4. *de adq. v. am. poss.* si amplius, eum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *d. l.* 3. §. 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l.* 3. §. 17. (3): si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. de vi*, *l.* 3. §. 8. *l.* 6. *in fin. l.* 25. §. *ult. de adq. v. am. poss.* (4): si furto aut rapina res mobilis ablata sit *l.* 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l.* 13. *eod.* (5). Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter a veteribus traditum est, *l.* 3. §. 6. *l.* 17. §. 1. & *l. seq l.* 44. §. 2. *eod.* Neque obstat huic sententiæ quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l.* 8. *eod. l.* 153. *de div. reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione quod quidem volentibus nobis fit, semper utrumque in contrarium agitur, Duaren. ad *d. l.* 3. §. 6. Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 13.

9 , In Hispania videtur pro-
, bata in *l.* 12. *tit.* 30. P. 3. opinio
, Angeli, aliorumque qui existi-
, marunt, non aliter possessionem
, amitti per derelictionem, quam

(1) *L.* 3. *eod.*
(2) *L.* 14. *eod.*
(3) *D. l.* 14. *tit.* 30. *P.* 3.
(4) *L.* 17. *eod.*
(5) *D. l.* 17.

„ si is qui rem possidebat, eam „ hoc animo dereliquerit, ita ut „ non amittatur nisi animo & corpore, secundum sententiam Pauli in *l.* 153. *de div. reg. jur.* „ quam modo laudavimus *n. præced.* Vide Gregor. Lop. in *glossa* 1. *d. l.* 12.

10 „ Et in *l. 6. d. tit.* 30. *P.* 3. „ probatur, ut apud Romanos, „ quod possessio non acquiritur „ nisi animo simul & corpore, ut „ in *margine* notavimus. Cæterum „ ab hac regula excipitur possessio rerum majoratuum, quæ sine ullo facto neque animo acquiritur successori.

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ & affinibus remediis.

6 *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat* (1). *Sed ex constitutionibus sacris* (*ut supra diximus*) *si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur* (2). *Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur* (3). *Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus* (4).

COMMENTARIUS.

1 Ad recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei qui vi de possessione dejectus est: quod fuse declaratur ab Ulpian. *l.* 1. & *l.* 3. *de vi & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l.* 1. §. 3. & *seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l.* 1. §. 7. Paul. 5. *sent.* 6. videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane, de rebus mobilibus quas quis eo in loco unde vi dejectus est, tunc cum dejiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi: quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l.* 1. *pr.* §. *si fundus* 32. & *seqq. l. penult. eod.* Et quoniam difficulter a dejecto

(1) *L.* 13. *eod.*

(2) *L.* 10. cum *seqq. tit.* 10. *P.* 7. *l.* 1. *tit.* 34. *lib.* 11. *N. R.*

(3) *L.* 8. *d. tit.* 10. *P.* 7.

(4) *L.* 1. *eod.*

probari posset, quæ & cujus æstimationis res direptæ & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam a Judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l. 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fine de adq. v. am. poss. d. l. 1. §. sive autem 24. de vi*, Don. ad *d. l. ult. num.* 8. Menoch. *recup. pos. rem.* 3.

2 *Dejectus fuerit*) Dejici intelligitur is solus qui possidet: unde & huic soli interdictum *unde vi* competit, *d. l. 1. §. non alii 45. de vi.* Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. 22. l. ult. eod.* Plane, fructuario & usuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores, possideant, *l. 3. §. 13. & seq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis qui possessores non sunt, ut demonstratum §. *præc.*

3 Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti, dejiciunt eos qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere; ultro omnibus qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permisit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss.* Add. Menoch. *recup. poss. rem. 6.*

4 *Cogitur restituere possessionem*) Et præter possessionem occupatam, fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. 1. §. ex dic. 40. & seq. l. 15. de vi, l. 4. C. unde vi* (1).

5 *Licet is ab eo, qui vi dejecerit.*) In interdicto *uti possidetis* succumbit qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. 4. *sup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituen-

(1) *D. l. 13. tit. 30. P. 3.*

dum esse, ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed incontinente & fervente adhuc congressu dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l.* 3. §. 9. *eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l.* 17. *eod.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur qui dejecit, non alius qui rem postea possidere cœpit, *l.* 7. *unde vi.*

6 Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse; quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sæpe* ⋈ 18. *de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur, Menoch. *recup. posses. rem.* 15. *quæs.* 13. Iidem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegrandæ* 3. *quæst.* 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ (1).

7 *Lege Julia de vi*) Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l.* 1. § 2. *de vi.* Lege Julia de vi publica tenetur qui aliquem armis de possessione expulit, *l.* 3. §. 2. *ad. l. Jul. de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.* 5. *ad leg. Jul. de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. 8. *infra de publ. jud.* (2).

TEXTUS.

Disivio Tertia.

7 *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est; qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, a quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est qui desiderat, ne quid fiat: reus est quid aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti* uti possidetis *interdictum*, & utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.*

COMMENTARIUS.

1 Tertia hæc divisio sumpta est a personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei,

(1) *L.* 10. *d. tit.* 10. *P.* 7.

(2) *D. l.* 8. *tit.* 10. *P.* 7.

& *simplicia* appellantur: qualia sunt, in quibus Prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inde eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam, in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei, & dicuntur *duplicia*; qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis &c. Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l. 1. in princ. de superf.* Extat hæc divisio apud Paulum *l. 2. pr. hoc. tit.* Alibi hæc interdicta eodem sensu *mixta* dicuntur, *l. 37. §. 1. de obl. & act.*

2 *Par utriusque litigatoris conditio*) Quia uterque potest agere: is tamen actoris partes obtinet in his interdictis, qui prior ad judicium provocavit, arg. *l. 13. de judic.* idque non tantum quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem, ac proinde non probante eo qui provocavit, reus absolvitur.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8 *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

COMMENTARIUS.

1 *Extra ordinem*) Veterem scilicet, quo Prætor aditus non judicabat, sed Judicem dabat. Hoc autem vetere ordine abolito, non est necesse reddi interdictum, sed recta via ab initio proponuntur actiones, ut docet *hic* Justinianus, & diximus in *pr. hoc. tit.*

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

1 Cognito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna qua coërcentur qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, mag-

nam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coërceatur

COMMENTARIUS.

1 Legislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis tubet, quam litium multitudo & frecuentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur, cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, Regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut a litigando homines deterreantur, & pœnarum criminatione, tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ quibus litigatores se mutuo provocabant: *Ni veram bonamque causam haberent*, quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora; inter quæ & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomanus in *Quintiana*. Temeritas autem litigantium, ut in *text.* dicitur, coërcetur pœna pecuniaria, jurisjurandi religione, aut infamiæ metu.

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit* (1). *At adversus inficientes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis veneralibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli, nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere* (2). *Utriusque etiam partis Advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri*

(1) *L.* 23. *tit.* 11. *P.* 3.

(2) *D. l.* 23.

calumniæ actione introducta sunt; quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & præfactum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

COMMENTARIUS.

1 Jusjurandum calumniæ quod apud veteres usurpatum, *l.* 44. §. 4. *fam. ercisc.* in desuetudinem postea abiisse videtur Justinianus revocavit, *l.* 2. *l.* 6. C. *de jur. propt. cal. dand.* ubi sancit, aut uterque litigantium in exordio litis juret; primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere; deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia uti, & juste ad inficias ire, *novel.* 49. *cap. ult.* §. 1. (1). Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit, Perez ad *d. tit.* C. *n.* 3. Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judici causa fecisse facturosve esse, *novell.* 49. *auth.* Hoc sacramentum, & *auth.* In isto C. *eod. novell.* 124. *cap.* 1. *auth.* Principales C. *eod.* (2). Jurandum autem est apud Judicem qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patitur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. nov.* 124. *cap.* 1. *d. l.* 2. §. 1. C. *eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari, ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *cap. cum causam* 6. *de jure calum.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet.

2 *Utriusque etiam partis Advocati*) Etiam a patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocini sibi conscios esse: nullam se operam, nullamque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l.* 2. *p.* C. *de jur. propt. cal. l.* 14. §. 1. C. *de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio canonum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum Advocatorum similiter suo nomine jurent, *d. cap. cum causam 6. de jur. calumn.*

(1) *D. l.* 23. *tit.* 11. *P.* 3.

(2) *D. l.* 23.

3 *Damnum & impensas*) Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *l.* 79. *de judic. l.* 4. *C. de fruct. & lit. expens. nov.* 82. *cap.* 10. & *hoc textu*. Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l.* 79. *de judic.* Plane, si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. nov.* 82. *cap.* 10. *auth.* Post jusjurandum in *fine de jud.* (1): idque Judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet.

4 , IN HISPANIA *l.* 3. *tit.* 22. , *lib.* 5. *Nov. Recop.* Advocatis in- , jungit jusjurandum, de quo *sup.* , *ves. Utriusque*, *n.* 2. in in- , gressu sui officii seu muneris, , semel quotannis, & quandocun- , que Judex vel adversarius illud , exegerit.

5 , Illud quoque monendi su- , mus, *l.* 8. *tit.* 22. *P.* 3. quæ , malitiosos litigatores coërcet, eos , multandos statuere in impensas , litis, quin ullam de damnis , alteri illatis parti, mentionem , faciat. Additque *lex eadem*, jus- , jurandum calumniæ a prædicta , impensarum condemnatione ju- , rantem liberare, eum a suspi- , cione eximendo. Monet tamen , recte Gregor. Lopez in *gloss.* , 2. *ejusd. l.* hanc sententiam in- , telligendam esse, quando non , adest temeritas in litigando, vel , ex aliis non constaret de calum- , nia litigantis, cum *lex ista* fun- , data sit in præsumptione bonæ , fidei, quæ præsumptio per alias , præsumptiones vehementiores , elidi potest: alias cum semper , de calumnia jurandum sit justa , *l.* 23. *tit.* 11. *P.* 3. numquam , victus in expensas litis con- , demnari potest: sicque praxi , receptum dicit, & quotidie vi- , demus.

(1) *L.* 8. *tit.* 22. *P.* 3.

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo: item tutelæ mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio, quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & recte, plurimum enim interest,*

utrum ex delicto aliquis, nam ex contractu debitor sit (1).

COMMENTARIUS.

1 Pœna infamiæ non tam temeritatis pœna est, quam doli & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ *hic* recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

2 *Veluti furti &c.*) Furti, rapinæ injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l.* 1. *de his qui not. infam.* Damnatio ea accipienda est, vel a qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l.* 6. §. 1. *eod.* Famosa quoque sunt judicia sepulchri violati, *l.* 1. *de sepulc. viol.* & expilatæ hereditatis, quod est gravius judicio furti, *l.* 12. *C. ex quib. caus. infam.* item actio quæ est adversus mulierem quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l.* 15. cum 4. *seqq. eod.* Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli penâ contumaciam coërceri, Don. 15. *comm.* 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l.* 13. *unde vi.* Illud constat, in condictionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant, *l.* 36. *de oblig. & act.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, per *l. penult. de cond. furt. l.* 26. *de act. rer. amot*

3 *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) (2). Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant: si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *l.* 1. *l.* 4. §. *ult. de his, qui not. infam.* Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *l.* 6. §. *ult. de his, qui not. inf. supra* §. 6. *de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l.* 42. *de verb. sign.* (3). Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l.* 1 *de his, qui not. infam.* (4). Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. §. *ult. eod. tit. l.* 5. *depos.* Hæc autem conditio addita, non propter actionem pro socio, quippe quæ

(1) *L.* 5. *tit.* 6. *P.* 7.
(2) *D. l.* 5.
(3) *D. l.* 5.
(4) *D. l.* 5.

utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Planæ, in causi mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie *d. l. 6. §. antepenult. de his, qui not. infam.*

4 Nec ratio deficit cur in cœteris bonæ fidei judiciis damnati non fiant infames. Licet enim in omnibus, qui se malitiose gerit, fidem ex æquo violet; in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ, quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tulius *pro Rosc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet. Add. Don. 18. *comm.* 8.

5 *Sed & pacti*). Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l. 5. eod.* confessus autem pro judicato est, *l. 1. de confess.* Quod autem ita acceptum est, si quis cum pretio quandocumque pactus sit (1): non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his, qui not. inf.* In actionibus vero quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius *hic* de eo quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, *l. 7. eod.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætor postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœna solidorum quinquaginta constituit.*

COMMENTARIUS.

1. Concluditur hoc loco tractatio de actionibus ad quam omnia quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud Magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

2 *Actionum instituendarum*

(1) D. l. 5. tit. 6. P. 7.

principium): Processus judiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Impp. in *l.* 1. *C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio; quæ ab ordine quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio, ab ea enim, ut *hic* dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt; sed hoc alii & plures negant, quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. unic. C. de lit. contest. l.* 15. *ratam rem haber.* Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem *judicii* latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima; aut pressius, ut ea tantum contineat quæ olim apud Judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, quod *instantia* dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio &c. Posteriore, proprie judicii pars non est, quanquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium basim & fundamentum processus. Effecta in jus vocationis hæc fere sunt: I. Ut si quis postea quasi in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii Judicis quæsito is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l.* 7. *de judic.* (1): II. Quod perpetuat jurisdictionem Judicis delegati, hoc est, ut is, delegante post propositum citacionis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *cap. gratum* 20. ✠ *de offic.* & *pot. jud. deleg.* (2): III. Quod post citationem in actionibus in rem, res de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth.* Litigiosa C. *de litigios.* Vide Covarr. *pract. quæst.* 15. *n.* 6.

3 *In primis adversarius in jus vocandus est*) Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l.* 1. *de edend. auth.* Offeratur C. *de lit. cont.* Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infectu habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *l.* 4. C. *de sent. interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis quæ ad constitutio-

(1) *L.* 12. *tit.* 7. *P.* 3.

(2) *L.* 35. *tit.* 18. *P.* 3.

nem judicii necessario requiruntur; neque Judex contra jus naturale & divinum, reum privare debet defensione, quæ naturalis est, *Clement. pastoralis de re jud.* Hevia in *Caria Philipica* §. *Citacion*, *num.* 2.

4 In jus vocatio vulgo nunc *citatio* appellatur & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi *citandi* latior etiam nunc usus est; quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, et in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur dumtaxat.

5 *Parentibus & patronis*) Hac de re explicatum est sub §. 22. *supra de actionib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS (1).

De litis contestatione.

1 Si is qui in jus vocatus est, neget quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testationis in lite instituenda, *litis contestatio* dicitur; de quo ritu vide Pet. Fab. 2. *semest.* 24. Rævard. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *observ.* 21. Per litis contestationem potestas fit Judici de re cognoscendi & judicandi; ante nihil cognosci, aut definiri potest, *novell.* 53. *cap.* 4. *tot. tit.* ✠ *ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic recte nunc definietur (nam vetus contestatio sublata est; licet nomen manserit): *Negotii hinc inde apud Judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsionem per contradictionem*, *l. unic. C. de lit. contest. l.* 14. §. 1. *C. de judic.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statum causæ Judici demonstrat. Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestatio-

(1) *T.* 4. *P.* 3.

nem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus quod petitur: ac proinde ex parte rei non nisi negative, *d. l.* 14. §. 1. *C. de judic.* Vigl. *de lit. cont. cap.* 1. D. Perez ad *tit. C. eod. num.* 3. & 4. Et male igitur Gloss. in *cap. unic.* ... *eod.* & alii statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest.

2 Lite contestata, judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. unic. C. de lit. cont. l.* 15. *rat. rem hab.* (1) Est enim litis contestatio, ut dictum est *superiore titulo*, prima judicii pars, si vocem *judicii* proprie & stricte accipimus (2), & a DD. appellatur judicii principium formale; cujus effecta congesserunt Perez in C. *de lit. cont. num.* 8. & alii plurimi. Sunt autem fere hæc. I. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni Judicis (3). II. Actiones omnes quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & temp. act. l.* 87. *l.* 139. *de div. reg. jur.* III. Excludit exceptiones dilatorias, *ll. pen. & ult. C. de exc.* (4): & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l.* 86. cum *l. seq. de div. reg. jur.* IV. Litigatores in eodem judicio retinet, *l.* 30. *de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, *l.* 10. *C. de tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l.* 22. *eod. tit. l.* 14. & *auth.* Et consequenter C. *de sentent. & interloc.* (5). Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione, processum vitiari: quanquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora, Myns 1. *obs.* 1. & 38. & 3. *obs.* 74. Gail 1. *obs.* 76. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem Judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio Judicis in genere.

Superest, ut de officio Judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet Judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

COMMENTARIUS.

1 *Ne aliter judicet, quam legibus*) Judici permissum non est, quod velit modo, ita ju-

(1) *L.* 3. *tit.* 10. *P.* 3.
(2) *D. l.* 3.
(3) *L. fin. eod.*
(4) *L.* 9. *tit.* 3. *P.* 3.
(5) *L.* 32. *tit.* 2. *P.* 3. *l.* 20. *tit.* 4. *eod.*

dicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc textu*, *l.* 13. *C. de sent.* & *interloc. auth.* Jubemus C. *de judic.* Cui consentaneum est quod principes humanæ sapientiæ. Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, Judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *cap.* 3. *dist.* 4. *Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum.* Potest sane Judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem Legislatoris conservet: quinimo id facere jubetur, *l.* 18. *de legib.* atque in re omni æquitatis potius, quam stricti juris rationem habere, *l.* 8. *C. de judic.* *Scriptum sequi*, ait M. Tullius in *ea pro Cæcin. cap.* 23. *calumniatoris est; boni Judicis, scriptoris voluntatem autoritatemque defendere.* At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens Legislatoris perspicua sint, quamvis a generali illa æquitate, quæ communitur in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *l.* 12. §. 1. *qui* & *a quib. man.* hic Judex non potest prætextu æquitatis a verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est Principis, hoc est, ejus cujus est & legem condere, *l.* 1. *l. ult.* C. *de legib.*

2 Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit.* C. *quom.* & *quand. judic.* (1): quæ ex scripto recitata non est, C. *tit. de sent. ex peric. rec.* (2): quæ absolutionem, aut condemnationem non continet, *l.* 2. C. *de sent.* & *interloc.* (3): quæ sine certa quantitate prolata, *tit.* C. *de sent. quæ sin. cert. quant.* (4): quæ lata est contra rem judicatam, a qua provocatum non est, *l.* 1. C. *quand. prov. non est nec* (5): quæ expressim contra leges, senatusconsulta, aut constitutiones data, *l.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. app. l.* 2. C. *quand. prov. non est nec.* (6): & si quæ sunt similis. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.*

3 ¿ Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta,

(1) *L.* 12. *tit.* 22. *P.* 3. *l.* 5. *tit.* 26. *eod.*
(2) *D. l.* 12.
(3) *Arg. l.* 2. *d. tit.* 22.
(4) *L.* 16. *in fin. eod.*
(5) *L.* 13. *eod.*
(6) *D. l.* 12.

l. 27. *l.* 32. *de re jud. de l.* 2. *C. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *l. ult. C. sent. resc.*

TEXTUS.

De judicio noxali.

1 *Ideoque si noxali judicio additus est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare,* Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.

COMMENTARIUS.

1 Quod Justinianus *hic* scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non a Judice, sed a lege est, *l.* 6. §. 1. *de re jud.* (1) quod alibi quoque monuimus sub §. 2. *de nox. act.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2 *Et si in rem actum sit coram Judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit* (2). *Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

COMMENTARIUS.

1 Hoc §. agitur de officio Judicis in actione in rem; tum singulari seu rei vindicatione, tum universali sive petitione hereditatis: doceturque officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

2 *Ut rem ipsam restituat cum fructibus*) Plenius dicendum erat: *Ut rem petitam restituat cum omni causa*, id est, id omne quod habiturus foret petitor, si tem-

(1) *L.* 4. *tit.* 1. *P.* 7.

(2) *L.* 5. *tit.* 27. *P.* 3.

pore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l.* 17. §. 1. *l.* 20. *de rei vindic.* Et porro si possessor restituere jussus arbitrio Judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis (qualis est rei vindicatio) fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l.* 46. *de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *l.* 68. *de rei. vind.*

3 *Sed si possessor*) Si possessor causetur, se non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest Judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei. judic.* Quippe res aliena quam quis penes se habet, facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est, & contra nonnumquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem.

4 *Eadem circa fructus*) Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione, bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* in petitione hereditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hered. pet.* In illa officio Judicis fructus veniunt; in hac, jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hereditaria, *l.* 20. §. 3. *l.* 40. §. 1. *d. tit.* quam ob causam forte mox additur τὸ *pene.*

5 „In Hispania reo actione „personali victo decem dierum in„duciæ conceduntur: si vero a„ctio in rem fuerit, statim ab eo „tradenda est actori res petita, „nisi ipse reus facultatem illico „tradendi non habere sine fraude „Judici ostenderit: quo casu per„mittitur Judici tempus quod op„portunum existimaverit indulge„re reo, qui datis fidejussoribus „spondeat, se intra tempus sibi „concessum rem traditurum, vel „si eam consequi nequeat, ju„stam illius æstimationem, *l.* 5. „*tit.* 27. P. 3.

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita*

res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Praeterea fructum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam intercesserit, rationem habere debet Judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in praesenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu Judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

COMMENTARIUS.

1 Actio ad exhibendum praecursio quaedam est, & praeparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *l.* 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l.* 3. §§. 1. & 9. cum *seqq.* & passim *eod. tit.* Est autem exhibere: *Rei in publico potestatem facere tum videndae, tum contrectandae, ut experiundi sit copia*, *l.* 2. *eod.* experiundi, non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali quam actor re exhibita exequi constituit, *l.* 9. §. 5. *eod. Textus hic* clarus est.

TEXTUS.

Familiae erciscundae.

4 *Si familiae erciscundae judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet: & si in alterius persona praegravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare* (1). *Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est; quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumpserit. Quae quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur* (2).

Communi dividundo.

5 *Eadem interveniunt, etsi communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est* (3).

(1) *L.* 10. *tit.* 15. *P.* 6.
(2) *L.* 6. *eod. vers.* E aun.
(3) *D. l.* 10. *tit.* 15. *P.* 6.

5 *Hi duo* §§. *clari sunt, eorumque argumentum plene exposuimus in* §. 3. *de obl. quæ qua ex contr. nasc.* & §. 20. *de act.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6 *Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet Judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari* (1). *Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente Judice metiri agros passus non fuerit.*

COMMENTARIUS.

1 *Uno casu necessaria*) Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, Judicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt aut obscurati, ita tamen, ut eorum vetera vestigia appareant, a Judice renovandi, & evidentibus distinguendi sunt, *l.* 3. *de term. mot.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 8. *fin. reg. l.* 3. C. *eod.* Uno autem duntaxat casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. *eodem* (2). De probatione finium adeundi Hieron. de Monte *tract. fin. reg. cap.* 50. & *seqq.* Myns. 6. *observ.* 25.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7 *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est* (3).

Textus iste clarus est.

(1) *D. l.* 10. *vers.* Otrosi.
(2) *D. l.* 10.

(3) *D. l.* 10. *tit.* 15. *P.* 6.

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. *Tit.* 1. (1).

1 Absoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati; attenit. Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus.

TEXTUS.

De differentia a privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo, & in exercendo.

COMMENTARIUS.

1 Judicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis quæ dixi sub *pr.* & §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. sing.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de com. Rom. cap.* 2. Barn. Brisson. *lib.* 2. *select. antiq. cap.* 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pæn.* Illud etiam mansit, ut is qui accusare paratus est, ad eum cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege cum reum faciat profiteatur; deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulpian. *l.* 3. §. 2. *de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine suplicii eum obstringit, *l. ul.*

(1) *Tit.* 2. & *aliis P.* 7.

C. d. tit. l. ult. C. de calumn.

TEXTUS.

Etymologia.

1 *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

Hic *textus* planus est.

TEXTUS.

Divisio.

2 *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

COMMENTARIUS.

1 *Capitalia dicimus*). Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet., *l.* 103. *de verb. sign.* in hoc tamen argumento *capitis* verbo tantum vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l.* 2. *hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l.* 21. *de pæn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant cujus non alia pœna quam mors est, sed per excellentiam, *l.* 4. *de pæn. l.* 18. *C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium* 28. *de pæn.* (1).

2 *Infamiam cum damno pecuniario*). Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. 8. §. *pen. infr. eod.* Interdum & in corpus aliqua coërcitio pœna est, *d. l.* 2. *hoc. tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exemp. De læsa Majestate.

3 *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel Rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit* (2). *Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur* (3).

COMMENTARIUS.

1 De solo crimine perduellionis videtur *hic* agere Tribonianus. Etenim duo sunt gene-

(1) L. 4. tit. 31. P. 7.
(2) L. 1. l. 3. tit. 2. P. 7.
(3) L. 3. eod.

ra criminis læsæ majestatis; unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta: *Si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut Rempublicam* (1); alterum quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit (2). Utriusque exempla suppeditat *l.* 1. cum 3. *ll. seqq. ad leg. Jul. majest.* (3).

2 *Et memoria rei*) Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnatâque rei memoria, bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus.* (4); cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur (5). Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, *l.* 5. *C. eod.* (6), & conscii, qua auctores ipsi, *l.* 3. *C. eod.* (7). Sed & filii propter paternum crimen puniantur, perpetua nimirum egestate & infamia (8). Vide D. Covarr. late & docte suo more disserentem 2. *var. cap.* 8. & Greg. Lop. in *l.* 2. *tit.* 2. *P.* 7. *glossa* 10.

TEXTUS.

De adulteriis.

4 *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 Adulterium est: *Alieni thori violatio*, sive *Coitus cum aliena uxore factus.* Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *l.* 6. §. 1. *l.* 34. §. 1. *hoc tit. ad leg. Jul. de adult.* (9), & *hoc textu* adulteri, per periphrasim dicuntur alienarum nuptiarum temperatores: nec hoc a Sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Lev.* 20. *v.* 10. *Deut.* 22. *v.* 22. Jure autem canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive con-

(1) *D. l.* 1. *d. l.* 3.
(2) *L.* 16. *tit.* 26. *P.* 2.
(3) *D. l.* 1. *d. l.* 16.
(4) *D. l.* 2. *d. l.* 3. *tit.* 2. *P.* 7.
(5) *D. l.* 3.
(6) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 2.
(7) *D. l.* 6.
(8) *D. l.* 2.
(9) *L.* 1. *tit.* 17. *P.* 7.

jugatus cum soluta, aut conjugata, *can. nemo* 34. *quæst.* 4. *can. non. mæchaveris* 15. *can. præcepit* 19. cum *seqq. quæst.* 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. *Datth.* 19. *vers.* 9. *Marc.* 10. *Luca* 16. *v.* 18.

2 *Gladio punit*) Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *l.* 30. *C. hoc tit.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib.* 1. 2. & 3. *annal.* & non obscure probat *l.* 5. *de quæst.* Certe capitalem non fuisse, arguunt *l.* 8. *de divort.* *l.* 11. *hoc tit.* aliæque, & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *nov.* 134. *cap.* 10. ibique eam confirmat adversus adulterum duntaxat: adulteram vero jubet, vulneribus subactam in Monasterium mitti: quod & ante obtinuisse videtur. Nam Divus Augustinus *lib.* 3. *de Civ. Dei* diserte scribit, Romanos adulteras feminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Unde dubitandum non est, quin *l.* 18. *C. de transact.* & *l.* 9. *C. hoc tit.* interpolatæ sint a Triboniano, vel passæ alicujus imperiti manus. Vide Goth. in *gloss. d. l.* 18. & Ant. Fab. *lib.* 2. *conject. cap.* 20. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna quæ postea sancita est: quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii seriò & plene caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est.; & tam mœchus, quam adultera, morte puniuntur, *Levit.* 20. *v.* 10. *Deuter.* 22. *v.* 22.

3 *Cum masculis nefandam libidinem*) *l.* 31. C. *hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis.

4 *Stupri flagitium*) Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, l. 6. §. 1. *hoc tit. ubi* Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscue appellari; sed proprie adulterium in nuptam committi, stuprum vero in viduam virginemve; & ita quoque fere Modestinus in *l.* 101. *de verb. sign.* Idem Modestinus in *l.* 34. §. 1. *hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l.* 6. §. 1. & Modestinus *d. l.* 101. ajunt, legem Juliam promiscue & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quasi & verbum *adulterii* extra conjugatos usurpatum esset; sed quod *stupri* nomine etiam adulterium notatum: nimirum *stuprum* & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & *adulterium* dicitur; quod in virginem, viduam puerum, generis nomen retinuit, & *stuprum* proprie dictum est.

5 *Honeste viventem*) Nam consuetudo cum ea quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l.* 22. C. *hoc tit.* Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est quod Modestinus scribit, stuprum

committere qui liberam mulierem consuetudines causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, *l.* 34. *pr. hoc tit.* Pœna stupratorum in *text.* traditur,

6 „ In Hispania soli marito „ permittitur uxorem suam adul- „ terii accusare, *l.* 4. *tit.* 26. *lib.* „ 12. *Nov. Recop.* Asso & de Ma- „ nuel in *Inst. Cast. lib.* 2. *cap.* 19. „ *p.* 239. *vers.* Adulterio, non ani- „ madvertentes per *l. istam* corri- „ gi *legem* 2. *tit.* 17. P. 7. ut no- „ tum est, & monet Gregor. Lop. „ *in gloss.* 3. *ejusd. l.* 2. *Partitæ*, „ ajunt, etiam permitti hanc ac- „ cusationem patri, fratri, patruis, „ & avunculis: quod annotare li- „ buit, ne tirones hanc sententiam „ legentes, eam adhuc vigentem „ existiment. Hujus delicti pœna, „ ut uterque adulter in potestate „ mariti sic, concessa huic facul- „ tate faciendi de adulteris, eo- „ rumque bonis quantum ipsi li- „ buerit, ita tamen, ut unum si- „ ne altero occidere nequeat, *l.* 1. „ *tit.* 20. *eod.* Non aliter autem „ bona adulteri, & dotem adul- „ teræ lucrabitur maritus, quam „ si eos auctoritate Judicis occide- „ rit, *l.* 5. *eod.* Cæterum hujus „ pœnæ rigorem usus non servat; „ sed adulteri in præsidia, vel e- „ xilium mittuntur, aliave simili „ pœna multantur justa delinquen- „ tium & circumstantiarum quali- „ tatem.

7 „ Qui vero nefandam illam „ sodomiticam libidinem exercue- „ rint, igne cremantur, bonaque „ eorum omnia publicantur; qua „ pœna illi quoque puniuntur, quos „ hoc crimen attentasse probetur. „ Habentur hæc omnia, & alia quæ „ ad probationem hujus criminis „ spectant, in *l.* 1. *tit.* 30. *lib.* 12. „ *Nov. Recop.* Ant. Gomez in *l.* 80. „ *Tauri*, *num.* 33. ubi hanc pœ- „ nam executam vidisse testatur in „ oppido *Talavera.*

8 „ Quod ad pœnam denique „ stupri attinet, licet in *l.* 2. *tit.* 19. „ *P.* 7. probatam videamus eam, „ quæ in *vers. Pœnam*; *hujus* §. „ traditur: tamen usu recepta est „ illa quæ jure canonico statuta est „ in *cap.* 1. ✠ *de adult. & stup.* ut „ nempe stuprator stupratam in „ uxorem ducat, eive dotem con- „ stituat, alternative scilicet, & „ non cupulative, quamvis *d.* „ *cap.* 1. copulative loquatur; ita „ tamen, ut si non ducere, sed „ dotem dare elegerit, alia simul „ levi pœna plectendus sit, Gomez „ in *d. l.* 80. *num.* 5. cum quo- „ *tuor segq.* qui *num.* 14. addit, id „ non obtinere, quando stuprata „ fuerit vidua.

TEXTUS.

De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur* (1), *vel eos, qui hominis occidendi causâ cum telo ambulant. Telum autem, ut Gajus noster ex interpretatione legum XII. Tab. scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne*

(1) L. 1. tit. 8. P. 7.

significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine continentur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce ἀπὸ τοῦ τηλοῦ, procul, figuratum. *Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ του βάλλεσθαι*, a jaculando. *Admonet nos Xenophon: nam ita scribit, καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι πλεῖστοι δὲ, καὶ λίθοι*, id est, & tela simul ferebantur, hastæ, sagittæ, fundæ; plurimi item lapides. *Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.*

COMMENTARIUS.

1 Justinianus *hoc loco* pœnam mortis incaute tribuit legi Corneliæ de sicariis, *ut superiore* §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l.* 3. §. *pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Cornel. de sicar.* Paul 5. *sent.* 23.

2 *Venefici*) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quam occidere gladio, *l.* 1. C. *de malef.* (1), & qui artibus, sive, ut *hic.* ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis XII. Tab. *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit: Neve alienam segetem pellexerit.* Item illud Virgilii, *ecl.* 8. *vers.* 99.

Atque satas alio vidi traducere messes,

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit. Vide *l.* 4. & *l.* 6. C. *de malefic.* Plin. *lib.* 28. *cap.* 2. August. *lib.* 8. *de Civit. Dei, cap.* 19. Sed verissime Seneca *lib.* 4. *nat. quæst.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius Philosophi schola intranda sit.* Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi. Extat memorabile arrestum senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vaudois d'Arras*, editum *die* 20. *Maij.* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. Errorem hunc vulgarem muscule in Germania oppugnavit Christianus Thomasius in va-

(1) *L.* 7. *de tit.* 8. *P.* 7.

riis scriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis ubi antea frecuenter rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur: quod & in nostra Hispania observamus.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino affinitatis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit (sive clam, sive palam id ausus fuerit), necnon is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius crimine existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur* (1). *Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.*

(1) *L.* 12. *d. tit.* 8. *P.* 7.

COMMENTARIUS.

1 *Hic* quoque idem fere accidit quod *superius*, nimirum ut pœna cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, *l. pen. pr. hoc tit. de leg. Pomp.: de parric.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœnâ legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen.* §. 1. *hoc tit.* Constantinus & filios adjecit, *l. unic. C. de his, qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator *hoc loco* attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coërceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod.* & *hoc textu.*

2 *De parricidiis*) Parricida proprie dicitur, teste Charisio *lib.* 4. *Qui patrem occidit*, quasi patricida, aut parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro omni homicidio Romani usurpant: quod & plutarchus in *Romulo* observat.

3 *Aut omnino affinitatis*) Loco *adfinitatis*, legit *affectionis* Hotom. *hic*, & ita legendum bene provat.

4 *Sed insutus culleo cum ca-*

ne &c.) Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo inbutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cicer. in *ea pro Sext. Rosc. cap.* 11. de culleo solo loquitur, sed Senec. *lib.* 1. *de clem. cap.* 15. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, *satira* 8. Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit: Modestinus a Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. pr. hoc tit.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *lib.* 5. *sent.* 25. ut parricida vel vivus combureretur, vel vestiis objiceretur.

5 *Omnium elementorum usu*) Quid misterii sit in pœna cullei, ostendit Cicero in *d. orat. pro Sext. Rosc.* Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negat.* Et Ovid. *lib.* 8. *Metamorph. v.* 97.

Di te submoveant, o nostri infamia secli,
Orbe suo: tellusque tibi pontusque negentur.

6 „ In Hispania *l.* 12. *tit.* 8. „ *P.* 7. probat pœnam, quæ in „ *hoc textu* tribuitur legi Pom„ pejæ adversus eos qui asperri„ mum parricidii crimen commi„ serint, occidentes fratrem, fra„ tris filium vel vice versa, uxo„ rem, maritum, patronum, eum„ ve ex affinibus qui parentis vel „ filii loco sit. Cæterum ita usu „ servatur, ut hujus criminis reus „ furca suspendatur, allata cupa „ in qua depicta appareant ani„ malia, de quibus in *textu*: po„ steaque cadaver cupæ includa„ tur, & in mare vel flumen proxi„ mum projiciatur, vel projici „ simuletur. Gom. 3. *var. cap.* 3. „ *n.* 3. Maymò *hoc tit. num.* 34. „ quem usu Anton. a Torr. *hic* „ consonum dicit *l.* 23. *tit.* 35. *lib.* „ 12. *Nov. Recop.* statuenti, ut in „ eum qui damnatus est sagittis „ configi, non ante sagittæ jacian„ tur, quam suffocatus is fuerit.

TEXTUS.

De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.*

COMMENTARIUS.

1 *Testamentaria vocatur*) *l.* 30. *hoc tit. ad leg. Cornel. de fals.* Paul. *sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin.* 3. *Cornelia testamentaria, numma-*

ria, cætera complures, &c.

2 *Scripserit, signaverit*, &c. Apud Paulum *d. loco* additur, *amoverit*, *resignaverit*, *deleverit... quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principum signatam monetam præter adulterinam reprobaverit*, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. *l.* 9. & passim *hoc tit.*

3 „ IN HISPANIA pœnæ falsorum variæ sunt pro diversa falsitatum qualitate, quæ videri poterunt in *tit.* 7. *P.* 7. per totum, in *ll.* 1. 2. & 5. *tit.* 13. *ll.* 21. & 67. *tit.* 21. *ll.* 3. 4. 5. *tit.* 10. *lib.* 9. *Nov. Recop.* & toto *tit.* 6. *lib.* 12. *Nov. Rec.* Adi Gom. in *l.* 83. *Tauri.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur* (1). *Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire* (2).

(1) L. 8. tit. 10. P. 7.

COMMENTARIUS.

1 *Vim vel armatam, vel sine armis*) Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius Reipublicæ est: unde lex XII. Tab. cum telo esse nemini privato permittebat.

2 *Raptores &c. capite puniuntur*) Licet mulier raptui consenserit, *l. unic.* §. 2. *C. de rapt. virg.* ibi: *Sive volentibus, sive nolentibus.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria; *c. scienti* 27. *de reg. jur. in* 6. *l.* 1. §. 5. *de injur.* Neque enim *d. l. unic.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam violenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio, per *l.* 3. §. 5. *de liber. hom exhib. l.* 1. §. 3. *de serv.* corr. Unde Solon severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho. Add. Liban. *declam.* 2.

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi*

(2) L. 3. tit. 20. P. 7.

Judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint (1). *Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

1 Lege Julia peculatus tenetur: *Qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur*, *l.* 1. *l.* 4. *hoc tit. ad leg. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie *peculatus*; & rei sacræ, quod *sacrilegium* proprie vocatur: unde a Labeone definitur: *Pecuniæ publicæ aut sacræ furtum*, *l.* 9. §. 2. *eod.* Addit Labeo, *non ab eo factum, cujus periculo est: & ideo Æditum in his; quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.*

2. *Pœnæ deportationis*). Ob simplicem peculatum Pœna deportationis imponitur, *l.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. penul. eod.* Sacrilegi autem, id est: *Qui publica sacra compilaberunt*, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.* (2).

TEXTUS.

De Plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem* (3).

COMMENTARIUS.

1 Plagium nihil aliud est, quam: *Liberi hominis, vel servi alieni suppressio, vel surreptio dolo facta.* Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *l.* 3. *ll.* 5. & 6. *hoc tit. de leg. Fab.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *ll.* 1. 2. & 4. *eodem.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. & *l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur, *Deut.* 24. *v.* 7. *Exod.* 21. *v.* 16. quod transcriptum in decretalibus Gregorii IX. *cap.* 1. *de furt.*

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

(1) *L.* 18. *tit.* 14. *P.* 7.
(2) *D. l.* 18.
(3) *L.* 22. *tit.* 14. *P.* 7.

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut nobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicen ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

COMMENTARIUS.

1 *De ambitu*) Hoc crimen committunt: *Quicumque conductis corruptisve suffragiis magistratum, aliumve honorem invadunt.* Ubi singuli regunt., ambitus nullus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus latæ. Sed hæc leges cessaverunt in Urbe, ex quo Magistratum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. unic. eod.* vel deportatio, Paul. *recept. sent.* 5. 30. *l. unic. C. hoc tit.*

2 *Repetundarum*) Lege Julia repetundarum tenetur: *Qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ad judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, l. 3. l. 4. de leg. Jul. repet.* (1). Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *l. 1. l. ult. in fine C. eod.*

3 *De annona*) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.* (2)

4 *De residuis*) Crimen residuorum est: *Pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte.* Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua, sic dicta, quod apud eum cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hæc obiter, & translatitie, ut in appendice (3).

(1) L. 8. *tit.* 1. *P.* 7.
(2) *Tot. tit.* 17. *lib.* 3. *Nov. Recop.*
(3) L. 14. *tit.* 14. *P.* 7.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX JURIS HISPANI,

QUOD IN CALCE §§. HUJUS OPERIS TRADITUR.

Num. Rom. tomum significat, Arabicus pag. litt. *a* columnam primam: litt. vero *b* secundam.

A

C

D

E

V

INDEX
JURIS ROMANI,
QUOD PROBATUR LEGIBUS HISPANIS laudatis in textibus, commentariis, vel horum calce.

A

B

C

D

E

F

G

H

ria, cætera complures, &c.

2 *Scripserit, signaverit*, &c. Apud Paulum *d. loco* additur, *amoverit, resignaverit, deleverit... quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principum signatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9.* & passim *hoc tit.*

3 „ In Hispania pœnæ falso„rum variæ sunt pro diversa falsi„tatum qualitate, quæ videri pote„runt in *tit. 7. P. 7.* per totum, in „ *ll.* 1. 2. & 5. *tit.* 13. *ll.* 21. & 67. „ *tit.* 21. *ll.* 3. 4. 5. *tit.* 10. *lib.* 9. „ *Nov. Recop.* & toto *tit. 6. lib.* 12. „ *Nov. Rec.* Adi Gom. in *l.* 83. *Tauri.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur* (1). *Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire* (2).

COMMENTARIUS.

1 *Vim vel armatam, vel sine armis*) Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius Reipublicæ est: unde lex XII. Tab. cum telo esse nemini privato permittebat.

2 *Raptores* &c. *capite puniuntur*) Licet mulier raptui consenserit, *l. unic.* §. 2. *C. de rapt. virg.* ibi: *Sive volentibus, sive nolentibus.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria; *c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l.* 1. §. 5. *de injur.* Neque enim *d. l. unic.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam violenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio, per *l.* 3. §. 5. *de liber. hom exhib. l.* 1. §. 3. *de serv. corr.* Unde Solon severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho. Add. Liban. *declam.* 2.

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi*

(1) *L.* 8. *tit.* 10. *P.* 7.

(2) *L.* 3. *tit.* 20. *P.* 7.

Judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint (1). *Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

1 Lege Julia peculatus tenetur: *Qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur*, *l.* 1. *l.* 4. *hoc tit. ad leg. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie *peculatus*; & rei sacræ, quod *sacrilegium* proprie vocatur: unde a Labeone definitur: *Pecuniæ publicæ aut sacræ furtum*, *l.* 9. §. 2. *eod.* Addit Labeo, *non ab eo factum, cujus periculo est: & ideo Æditaum in his; quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.*

2. *Pœnæ deportationis.*) Ob simplicem peculatum Pœna deportationis imponitur, *l.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. penul. eod.* Sacrilegi autem, id est: *Qui publica sacra compilaverunt*, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.* (2).

TEXTUS.

De Plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem* (3).

COMMENTARIUS.

1 Plagium nihil aliud est, quam: *Liberi hominis, vel servi alieni suppressio, vel surreptio dolo facta.* Nam plerumque supprimendo plagium committitur *l.* 3. *ll.* 5. & 6. *hoc tit. de leg. Fab.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *ll.* 1. 2. & 4. *eodem.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. & *l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur, *Deut.* 24. *v.* 7. *Exod.* 21. *v.* 16. quod transcriptum in decretalibus Gregorii IX. *cap.* 1. *de furt.*

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis putem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

(1) *L.* 18. *tit.* 14. *P.* 7.
(2) *D. l.* 18.
(3) *L.* 22. *tit.* 14. *P.* 7.

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut nobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicen ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

COMMENTARIUS.

1 *De ambitu*) Hoc crimen committunt: *Quicumque conductis corruptisve suffragiis magistratum, aliumve honorem invadunt.* Ubi singuli regunt., ambitus nullus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus latæ. Sed hæc leges cessaverunt in Urbe, ex quo Magistratum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. unic. eod.* vel deportatio, Paul. *recept. sent.* 5. 30. *l. unic. C. hoc tit.*

2 *Repetundarum*) Lege Julia repetundarum tenetur: *Qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ad judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret*, *l.* 3. *l.* 4. *de leg. Jul. repet.* (1). Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l.* 7. §. 3. *eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *l.* 1. *l. ult. in fine C. eod.*

3 *De annona*) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l.* 1. & *l.* 2. *de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extraord. crim.* (2)

4 *De residuis*) Crimen residuorum est: *Pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte.* Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua; sic dicta, quod apud eum cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l.* 2. *l.* 4. §. 3. & 2. §§. *seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hæc obiter, & translatitie, ut in appendice (3).

(1) *L.* 8. *tit.* 1. *P.* 7. *Recop.*
(2) *Tot. tit.* 17. *lib.* 3. *Nov.*
(3) *L.* 14. *tit.* 14. *P.* 7.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX JURIS HISPANI,

QUOD IN CALCE §§.

HUJUS OPERIS TRADITUR.

Num. Rom. tomum significat, Arabicus pag. litt. *a* columnam primam: litt. vero *b* secundam.

A

C

D

E

F

H

I

J

L

M

V

INDEX
JURIS ROMANI,
QUOD PROBATUR LEGIBUS HISPANIS laudatis in textibus, commentariis, vel horum calce.

A

B

C

D

E

F

G

H

Q

R

S

T

U

30
30
30
30
30
150

1000, | 6
040 | 166
040 | 6
04 | 996
| 4
| 1000

500, | 10
00 | 50